UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES D'AIX

Le régime foncier outre-mer et son évolution depuis l'Indépendance

THESE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT
PRÉSENTÉE PAR
VICTOR GASSE

Membres du Jury :

Président : M. le professeur BLANC-JOUVAN

Membres : M. le professeur JAUFFRET,
M. le professeur BONASSIES

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, rue Soufflot — V^e^
1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545820_0025

LES RÉGIMES FONCIERS AFRICAINS ET MALGACHE

UNIVERSITE D'AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES D'AIX

Le régime foncier outre-mer et son évolution depuis l'Indépendance

THESE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT
PRÉSENTÉE PAR
VICTOR GASSE

Membres du Jury :

Président : M. le professeur BLANC-JOUVAN

Membres : M. le professeur JAUFFRET,
M. le professeur BONASSIES

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, rue Soufflot — V[e]
1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

© *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,* 1971

A M. Rakoto Mananjean, ancien directeur du Service des domaines à Madagascar, membre de l'Académie malgache.

Principales abréviations employées

B. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile.
B.O. : Bulletin officiel du Maroc.
C.M. ou C.A.M. : Cour d'appel de Madagascar.
C.S.M. : Cour suprême de Madagascar.
D.P. : Dalloz périodique.
G.P. : Gazette du Palais.
G.T.M. : Gazette des tribunaux marocains.
J.T.T. : Journal des tribunaux tunisiens.
Pen. : Recueil Penant de jurisprudence, de doctrine et de législation coloniales.
Pen. Mar. : Penant Marocain.
R.A.C. : Recueil des arrêts de la Cour d'appel de Rabat.
R.A. : Revue algérienne.
R.U.F. : Revue de l'Union française.
T.M. : Tribunal mixte de Tunisie.
T.S.A. : Tribunal supérieur d'appel.

Note : L'Afrique occidentale désignera dans l'ouvrage l'ancienne Afrique Occidentale Française.

L'Afrique équatoriale ou centrale désignera l'ancienne Afrique Equatoriale Française.

PREAMBULE

Le droit foncier d'outre-mer dont il est traité est celui en vigueur à l'heure actuelle dans les Etats d'Afrique et de Madagascar autrefois unis à la France.

Dans tous les pays du monde, le régime foncier est dominé par le problème de la conservation des droits immobiliers. Les services publics qui régissent les droits fonciers portent d'ailleurs le nom révélateur de « conservation foncière » ou de « conservation des hypothèques ». Or la garantie des droits fonciers se heurte au redoutable obstacle de la preuve de la propriété immobilière « probatio diabolica », que le droit français n'est pas parvenu à lever.

Outre-mer, une solution remarquable a été apportée. Mettant à profit l'existence dans ces pays neufs d'immenses espaces peu ou pas occupés, la France a institué dès son arrivée la preuve de la propriété foncière. Cette institution assure au régime foncier de nos anciens territoires une originalité d'un grand intérêt, technique juridique : c'est le système des livres fonciers dit encore de l'immatriculation, objet de cette étude.

L'introduction sera réservée à l'historique du système des livres fonciers.

Puis il sera procédé à l'examen approfondi du mécanisme du système qui sera décomposé. Dans une première partie, il sera traité de l'immatriculation, procédure à la suite de laquelle l'immeuble identifié est admis au régime des livres fonciers. Dans une seconde partie, la vie juridique de l'immeuble immatriculé sera suivie.

La conclusion essayera de dégager les améliorations qui peuvent encore être apportées à ce régime qui s'est déjà révélé comme un instrument exceptionnel de clarification et de conservation des droits fonciers.

INTRODUCTION

Il est impossible de saisir la valeur du système des livres fonciers, si l'on ne connaît pas les difficultés du problème de la conservation des droits fonciers, plus particulièrement la solution française et ses insuffisances.

Dans un premier chapitre donc, le problème de la garantie des droits fonciers sera posé, et la solution française sera comparée à celle des livres fonciers.

Un deuxième chapitre portera sur les sources du système des livres fonciers.

Enfin, dans un troisième chapitre seront soulignés les traits communs et les traits distinctifs des différents régimes fonciers d'outre-mer pendant la période française et depuis l'Indépendance. Contrairement à ce que l'on pourrait penser l'unité complète n'existe pas ; si les principes de base sont les mêmes, il existe de nombreuses divergences qui s'expliquent par le particularisme des problèmes locaux.

CHAPITRE I

LE PROBLEME DE LA GARANTIE DES DROITS FONCIERS

I. — Le problème qui se pose en droit foncier est essentiellement de trouver un mode de preuve de la propriété immobilière.

En matière mobilière, la preuve de la propriété se fait par la possession. La règle « en fait de meubles, possession vaut titre » neutralise les conventions clandestines et la possession sert ainsi de publicité.

Mais en matière immobilière, la même règle n'existe pas et ne pourrait d'ailleurs pas jouer. La possession qui ne pourrait guère être que l'habitation ne coïncide, en effet, qu'assez rarement avec la propriété.

La recherche d'un régime foncier s'est donc imposée. « Le but d'un régime foncier idéal, a-t-on dit (1), est d'établir un statut immobilier qui ait pour effet que celui qui achète soit certain d'être propriétaire et que celui qui prête soit sûr d'être remboursé. » Ce statut serait celui « où le propriétaire inscrit comme tel est toujours à considérer comme le propriétaire véritable pour les tiers qui contractent avec lui ».

Ce résultat ne peut être obtenu que si les tiers, acquéreur ou créancier hypothécaire, sont garantis de toute menace d'éviction dont les causes sont ignorées d'eux lorsqu'ils traitent. Ces menaces d'éviction ne peuvent provenir que de deux sources : il peut s'agir soit d'une constitution antérieure de droits sur l'immeuble consentie par le propriétaire actuel ou par les propriétaires antérieurs à l'insu des tiers, soit d'une cause de résolution ou d'annulation, non

(1) Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, p. 469.

rendue publique, affectant un acte transmissif antérieur qui, par réaction en chaîne, compromet tous les droits acquis postérieurement.

Section I

Le système français antérieur a 1955

2. — Le régime de la transcription instauré en France par la loi du 23 mars 1855 ne protège les tiers que contre les menaces d'éviction pouvant provenir d'une constitution antérieure de droits sur l'immeuble consentie par un auteur commun mais non contre les autres causes d'éviction. La loi de 1855 a pour effet seulement d'établir un ordre de préférence entre les ayants cause d'un même auteur, en protégeant les premiers inscrits, mais elle ne garantit nullement la réalité des droits de l'auteur lui-même sur l'immeuble. La publicité ne fonde pas la propriété.

La formalité de la transcription n'a par elle-même aucune force probante. Elle rend public un acte de transfert, elle lui donne en quelque sorte date certaine et lui assure un certain rang de propriété ; elle avertit les tiers qu'à partir du moment où elle est accomplie, l'ancien propriétaire a perdu le pouvoir de leur conférer des droits, mais n'autorise personne à considérer comme régulière la transmission qu'elle constate et comme propriétaire véritable celui qu'elle désigne en cette qualité. Le système de la loi est dominé par le vieil axiome : « nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a ». Alors même qu'il traite sur la foi d'un titre transcrit, l'acheteur risque d'être évincé par l'effet d'une action en nullité ou en résolution dont rien ne lui aura révélé que son auteur fut passible ; s'il arrive à une sécurité approximative, ce ne peut être que grâce à des procédés empiriques, au moyen de vérifications attentives et continues des titres de précédents possesseurs de l'immeuble en remontant aussi loin qu'il est nécessaire pour que la possession se trouve légitimée par la prescription (2).

Les droits des prêteurs sont affectés de la même insécurité. Les garanties apportées par la loi de 1855 sont donc très limitées, nous examinerons plus loin la portée de la réforme foncière de 1955 en France et la mesure dans laquelle cette réforme a pu accroître les garanties foncières et reconnaître à la publicité une valeur probante.

---

(2) Commission extraparlementaire du cadastre. Rapport Massigli, t. IX, p. 63.

Section II

Le système des livres fonciers

3. — Le propos du système des livres fonciers, dit encore régime de l'immatriculation, est précisément de remédier aux imperfections du système de la publicité personnelle qui est le système français, en assurant une garantie complète à ceux qui possèdent des droits sur l'immeuble.

A cette fin, ce régime foncier n'hésite pas à porter atteinte au principe de droit strict : « Nemo dat quod non habet ». Un conflit est en effet ouvert entre l'intérêt général qui veut une circulation sûre et aisée des biens et la règle de droit qui veut que personne ne soit injustement dépouillé de son bien.

La transaction s'opère au niveau de la notion de publicité : lorsque les tiers ont été prévenus, par une publicité déterminée, du caractère précaire des droits transmis, la règle continue de s'appliquer, mais lorsqu'ils ont été tenus dans l'ignorance des imperfections ou du vice du droit cédé, alors le principe traditionnel fléchit et la règle ne joue plus, la victime n'a plus de recours contre le tiers de bonne foi.

La publicité n'apparaît plus alors seulement comme un mode de preuve, mais elle devient créatrice de droit puisqu'elle consacre l'existence de droits annulables.

La publicité consiste en une publication de tous les droits réels existant sur l'immeuble et de leur modification sur des registres spéciaux tenus à la disposition du public. Cette publication se résume en une inscription des droits ou charges acquis sur l'immeuble au compte particulier ouvert pour chaque immeuble sur les livres fonciers tenus par le conservateur, ce compte est ouvert aux immeubles eux-mêmes à leur nom et non au nom des propriétaires. Dans les pays d'outre-mer en l'absence d'un plan cadastral, on ne pouvait désigner comme en Australie chaque immeuble par le numéro qui est le sien sur le plan, les propriétés ont donc reçu un nom lors de leur immatriculation ce qui facilite leur identification.

Avant de reconnaître aux mentions ainsi inscrites la force probante, le législateur non seulement exige un contrôle préalable à chaque inscription, mais encore n'admet l'immeuble à la vie foncière nouvelle qu'après que son passé a été apuré et clarifié par une procédure particulière, dite de l'immatriculation, d'où le régime foncier tire son nom.

Les systèmes fonciers en vigueur varient selon la rigueur qu'ils attachent aux effets de l'immatriculation et à la force probante qu'ils reconnaissent aux inscriptions postérieures. Tantôt, ils font prédominer les nécessités économiques et reconnaissent aux mentions du livre foncier une valeur presque absolue, tantôt dans un

souci plus grand de justice et d'équité. ils accordent, dans une certaine mesure, la préférence aux propriétaires et titulaires véritables de droits réels et, faisant fléchir le formalisme de la règle foncière, attachent aux inscriptions une valeur plus relative.

Mais quel que soit le système employé, il est toujours admis que les tiers inscrits de bonne foi occupent une position inexpugnable et sont protégés contre toute menace d'éviction pour une cause clandestine. A l'égard des tiers de bonne foi, l'inscription fait preuve absolue de la réalité des droits qu'elle relate, elle devient donc créatrice de droit.

Section III

La réforme française et les livres fonciers

A. — But de la réforme

4. — Le décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière en France a modifié le régime antérieur, tel qu'il avait été fixé par la loi du 23 mars 1855.

Le décret du 4 janvier 1955 s'est efforcé de rendre plus certaine l'identification des parties et des immeubles, puis de généraliser la publicité afin de combler les lacunes des textes antérieurs en l'améliorant par la création d'un fichier immobilier destiné à renseigner le public d'une manière plus complète et plus efficace.

On peut se demander si cette réforme n'a pas rapproché le régime foncier français du système des livres fonciers. Certaines innovations laissent à penser à une évolution de cet ordre. Ainsi la condamnation des hypothèques générales et la spécialité de l'inscription hypothécaire désormais exigée quant aux immeubles grevés et quant à la créance garantie, la suppression du registre alphabétique et la création d'un fichier immobilier et même d'un fichier réel, la concordance complète assurée entre les fiches immobilières et le cadastre, la publication préalable du droit du disposant ou dernier titulaire qui est une règle d'or en matière d'immatriculation, l'institution de la prénotation, rappellent des principes bien acquis en matière de livres fonciers. Il convient d'apprécier la réalité de cette approche.

1° *Identification des parties.*

Jusque-là, en France, les transcriptions et les inscriptions étaient portées sur les registres dans l'ordre et à la date du dépôt des actes à la conservation ; elles étaient faites au nom du propriétaire. Il s'agissait d'une publicité personnelle de sorte que les mentions concernant un même immeuble étaient répandues dans

un certain nombre de volumes, des erreurs se produisaient sur l'identité des propriétaires, en particulier à raison des homonymies.

L'identification plus sûre des parties est désormais obtenue par la production d'un acte de naissance à l'appui de la réquisition de la formalité, lorsqu'il s'agit de personnes physiques (art. 5), par la production de tout acte constatant la dénomination, la forme juridique et le siège actuel lorsqu'il s'agit d'une personne morale (art. 6). Dans le système des livres fonciers, l'identification des parties est obtenue simplement par la légalisation de la signature des parties (*infra,* n° 254).

Dans la même intention, l'authenticité des actes soumis à la publicité est désormais requise en France. L'intervention du notaire assure une meilleure rédaction des actes et accroît les garanties quant à l'exactitude de l'identité des personnes et des immeubles (art. 4).

Nous verrons dans les Etats d'outre-mer se développer la même tendance en faveur de l'abandon de la rédaction des actes sous seings privés au profit de l'acte authentique (*infra,* n° 234).

2° *Généralisation de la publicité.*

Pour assurer la continuité de la chaîne de toutes les mutations de l'immeuble, condition essentielle d'un contrôle efficace de la situation juridique de l'immeuble, le décret a eu recours à deux ordres de mesure : d'une part il généralise la publicité, et d'autre part, il sanctionne l'absence de publicité.

Il généralise d'abord la publicité en augmentant le nombre des actes et des décisions qui sont soumis à cette publicité (art. 28). Cependant le texte procède par voie d'énumération et non par voie de dispositions générales, à la différence des textes relatifs aux livres fonciers, procédé qui malgré le souci exhaustif de ses auteurs laisse encore des lacunes, telles les acquisitions par l'effet de la loi, comme la prescription ou l'accession.

Il généralise encore la publicité en instituant la publication préalable de toute demande en justice tendant à la revendication d'un immeuble (art. 28-40), afin d'informer les usagers du service hypothécaire. Cette publicité offre des analogies avec la prénotation des demandes en justice du régime des livres fonciers. Une différence fondamentale cependant les sépare quant à leurs effets : en droit français, la décision rendue reste toujours opposable aux tiers, mais ceux qui ont traité avant la publication de la décision peuvent demander réparation du dommage que leur a causé l'absence de la formalité, dans le système des livres fonciers, l'absence de la prénotation entraîne au contraire l'inopposabilité de la décision rendue jusqu'au moment où elle est publiée, et sans rétroactivité.

Le législateur sanctionne d'autre part le défaut de publicité. L'article 30-5° du décret subordonne, en effet, la recevabilité de la

demande en justice à sa publication préalable (3), une telle mesure est inutile dans le système des livres fonciers, puisqu'en l'absence de prénotation, la décision judiciaire n'est pas opposable aux tiers.

De même pour contraindre le titulaire d'un droit immobilier à publier, le législateur subordonne la publication de tout acte à la publication préalable du titre du disposant ou dernier titulaire (art. 3). C'est le principe de l'effet relatif de la publicité, l'exigence requise d'une relation entre les droits successivement publiés. Ainsi le titulaire d'un droit immobilier ne peut plus désormais disposer de son titre avant de l'avoir publié.

Sous le régime des livres fonciers, une règle semblable existe : un droit pour être publié doit être tenu directement du titulaire de l'inscription précédemment prise. Mais une différence essentielle sépare les deux régimes. Dans le système des livres fonciers, l'inobservation de la règle est toujours sanctionnée par le rejet de la réquisition, tandis qu'en France, la règle est différente. Si le droit du disposant n'a jamais été publié, la sanction est comme outremer le rejet, mais si, à un moment quelconque le disposant a publié, le conservateur n'a pas le droit de rejeter la réquisition, même s'il ne paraît plus d'après le fichier être le dernier titulaire du droit. Le conservateur est tenu d'accepter la publication, sans avoir à distinguer suivant que cette publicité est contredite par une publicité postérieure (4) ; de sorte qu'en France, tout titulaire d'un droit, s'il a été publié, peut, malgré la publicité d'un acte constatant sa dépossession au profit d'un autre, faire encore des actes de disposition qui peuvent à leur tour être publiés et qu'ainsi peuvent se créer des chaînes de propriété parallèles et concurrentes.

La constitution de pareilles chaînes est impossible sous le régime des livres fonciers, puisque le conservateur doit vérifier avant d'inscrire un acte qu'il est tenu directement du titulaire de l'inscription précédemment prise.

---

(3) L'application de ce texte a donné lieu à des difficultés. La Cour suprême a décidé, contrairement à la lettre du texte, que cette disposition ne comporte aucune déchéance et qu'édictée principalement en vue d'intérêts privés, cette exception qui n'est pas d'ordre public, ne peut être soulevée d'office, seules les parties ayant qualité pour l'invoquer. Cass., 7 décembre 1965, G.P., 1966, I, 166. Le raisonnement est difficile à suivre, la publicité n'est pas en effet destinée à protéger les parties, mais les tiers, ce sont les tiers qui ont à pâtir de l'absence de publicité, mais non les parties.

La prescription légale a pour objet d'assurer le meilleur fonctionnement d'un service public ; elle intéresse le public, partant l'ordre public n'y est pas étranger. Contra Frank, D. 1966, 98. M. Frank estime qu'une indemnité peut réparer le préjudice subi par le tiers, mais l'argument suppose que l'auteur responsable soit solvable.

(4) Cf. art. 2147 du Code civil. C'est une conséquence du rôle joué en France par le conservateur. L'appréciation de la validité d'un acte ne peut être faite que par le juge et non par le conservateur. Le contrôle du conservateur porte seulement sur l'existence d'une formalité et jamais sur l'existence antérieure ou la légitimité d'un droit constaté sur le document. Nerson, Dalloz et Sirey, 38e cahier du 19 novembre 1955, p. 162.

3° *Identification de l'immeuble.*

L'identification plus certaine de l'immeuble est réalisée en France, par la production d'un extrait cadastral dans les communes où le cadastre a été rénové (art. 7). Avec le régime des livres fonciers, l'identification de l'immeuble est obtenue plus simplement par le nom de l'immeuble, attribué lors de l'immatriculation et accessoirement par la production du duplicata du titre foncier : il n'y a aucune chance d'erreur, ni quant à l'immeuble, ni quant à ses limites.

4° *Le fichier immobilier.*

Pour apporter plus d'ordre et de clarté dans les archives, le décret de 1955 porte pour la France création d'un fichier immobilier.

Le fichier immobilier présente la situation actuelle de l'immeuble (art. 1er), il comporte des fiches personnelles établies sous le nom du propriétaire pour tous les immeubles possédés dans chaque commune, des fiches parcellaires ou réelles et des fiches d'immeubles. Des dispositions sont prises pour assurer la concordance du fichier immobilier et du cadastre, aucune modification de la situation juridique de l'immeuble ne peut faire l'objet d'une mutation cadastrale si l'acte n'a pas été préalablement publié au fichier immobilier.

Mais il faut souligner qu'à la différence des livres fonciers, ce fichier ne représente aucune valeur probante. L'établissement d'une fiche n'est précédée d'aucun débat public et contradictoire qui permette de fixer d'une façon définitive les limites de l'immeuble, à la différence de la procédure qui précède l'immatriculation. Le fichier n'a qu'une valeur de renseignement et les limites de l'immeuble décrit ne sont pas mieux garanties que les droits acquis sur lui.

B. — Effet probant limité de la publicité en droit français

5. — Il serait inexact cependant de soutenir qu'en France la publicité est dépourvue de toute valeur probante.

Dans certains cas, en effet, la publicité fait preuve des droits qu'elle relate et tend ainsi à se rapprocher des effets probants de l'inscription sur les livres fonciers.

Ainsi, déjà sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, une certaine force probante était reconnue à la publicité puisque le titulaire d'un droit publié pouvait l'opposer à un autre ayant cause de son auteur, ce qui impliquait que la publicité faisait et fait encore la preuve entre ceux qui tiennent leur droit d'un auteur commun.

Dans le décret du 4 janvier 1955, la force probante, bien que toujours limitée, voit son domaine élargi. C'est ainsi que l'arti-

cle 30, al. 3 et 4, dispose que les clauses d'inaliénabilité temporaire ou toute autre restriction au droit de disposer ou encore les clauses concernant la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision d'un acte ne sont pas opposables aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit qui ont publié, si elles n'ont pas été publiées antérieurement : c'est encore reconnaître une force probante à la publicité puisque les clauses non publiées issues de l'accord valable des parties sont réputées inexistantes.

C. — Conclusion

6. — Rien n'est donc changé dans la conception libérale française suivant laquelle il ne saurait y avoir de preuve préconstituée du droit de propriété immobilière. Ce droit naît de l'accord valable des parties et demeure soumis au contrôle des tribunaux. La publicité ne recouvre pas l'absence de droit, elle sert seulement comme par le passé à trancher les conflits qui peuvent surgir entre les ayants droit d'un même auteur. Mais le titulaire d'un droit publié, fut-il de bonne foi, reste exposé aux actions découlant de la nullité ou de la résolution des droits de son auteur.

Au contraire, sous le régime des livres fonciers, les inscriptions portées sur les registres font preuve à l'égard des tiers de la réalité des droits qu'elles relatent et le tiers de bonne foi est toujours protégé contre l'absence de droit de son auteur.

En définitive, si l'importance de la réforme opérée en France par le décret de 1955 est au point de vue pratique considérable, rien n'a été modifié aux principes de base du régime foncier français. L'organisation technique de la publicité est améliorée, et à cet égard des garanties nouvelles sont apportées aux usagers, mais pas plus qu'antérieurement, le titulaire d'un droit immobilier n'est protégé contre l'absence de droit de son auteur. Les droits sur les immeubles sont mieux connus depuis la réforme française, mais ils ne sont pas mieux garantis. La divergence du régime foncier français et du système des livres fonciers reste donc fondamentale (5).

---

(5) La valeur du système des livres fonciers a conduit le Gouvernement français à instituer à la fin du siècle dernier, une commission, la Commission extraparlementaire du cadastre, composée des juristes les plus éminents de l'époque, en vue d'adapter ce régime foncier à notre pays. La Commission siègea douze ans et élabora un projet qui ne fut jamais consacré pour des raisons budgétaires. Le coût de la réforme est en effet très élevé. Une relance vient d'être opérée par l'Ordre des géomètres experts de France. G.P., 1er juillet 1970.

CHAPITRE II

LES ORIGINES DU SYSTEME DES LIVRES FONCIERS

Le droit germanique semble être à l'origine du système des livres fonciers. Les anciennes coutumes de France en font état, elles auraient été introduites en Gaule au moment des grandes invasions et les pays de nantissement et la Bretagne auraient conservé les usages germaniques. Telle serait l'origine des appropriances par bannies de Bretagne du XIV[e] siècle qui offraient le moyen d'assurer aux acquéreurs la stabilité absolue de leur titre d'acquisition par une investiture judiciaire précédée de la plus large publicité.

Il est en tous cas certain que le système foncier en vigueur outre-mer a fait les plus larges emprunts à la loi prussienne du 5 mai 1872 ainsi qu'à l'Act Torrens australien.

SECTION I

LE DROIT GERMANIQUE ET LA LOI PRUSSIENNE DE 1872 OU LE SYSTÈME DE LA FORCE PROBANTE RELATIVE (1)

§ 1. — Le droit germanique

7. — Au Moyen Age, en Allemagne, il existait déjà des registres fonciers dans les villes libres. Ils étaient tenus par immeuble ; les mutations entre vifs et par décès, les partages et les hypothèques devaient y être inscrits d'après les titres ou les jugements. Les tribunaux tenaient les livres fonciers et contrôlaient la régularité des actes à inscrire.

(1) *Ann. de législation étrangère,* année 1873, p. 215 et 236.

Il manquait à ces inscriptions la force probante.
Ce fut l'apport de la loi du 5 mai 1872.

§ 2. — La loi du 5 mai 1872

8. — Le livre foncier prussien repose sur le cadastre. Le livre foncier contient la description juridique du sol, le cadastre en est la description matérielle. La concordance exacte est assurée entre les deux livres lors de l'établissement du livre foncier, les limites sont en effet empruntées au cadastre. Postérieurement, l'administration du cadastre renvoie au juge conservateur du livre foncier un état des changements matériels subis par les immeubles de la circonscription dès qu'ils se produisent. De son côté le juge conservateur adresse à l'administration du cadastre, chaque année, un état des mutations de propriétés concernant les immeubles de sa circonscription. La réforme entreprise en France par le décret foncier du 4 janvier 1955 en ce qui concerne la tenue du fichier immobilier et les rapports de la conservation foncière et du cadastre s'inspire des mêmes principes.

La loi prussienne de 1872 consacre les quatre principes qui sont à la base des livres fonciers : le principe de la publicité, le principe de la force probante, le principe de la légalité et le principe de la spécialité. Nous les retrouverons.

1° *Le principe de la publicité.*

Le principe de la publicité veut que les droits n'existent qu'à partir de leur inscription sur les livres fonciers et la connaissance qu'aurait l'acquéreur notamment d'un titre antérieur obligeant l'aliénateur à transférer la chose à un tiers, ne fait pas obstacle à l'acquisition (art. 4 et 15 de la loi), à moins que la promesse d'aliéner n'ait été mentionnée au livre foncier par une prénotation.

2° *Le principe de la force probante.*

Les registres publics font foi à l'égard de tous, ils constituent une preuve certaine de la réalité des droits qu'ils constatent : tel est le principe de la force probante. L'inscription fait preuve en droit allemand, non seulement à l'égard des tiers, mais aussi à l'égard des parties, c'est l'inscription qui fait acquérir la propriété (art. 1er) et la prescription acquisitive n'a pas lieu à l'encontre du propriétaire inscrit (art. 6), ce qui renforce la valeur probante de l'inscription.

L'inscription prise peut cependant être attaquée conformément au droit commun, et c'est ici que le droit germanique se sépare du régime australien qui interdit en principe de contester le droit du titulaire du certificat de propriété. Toutefois, si l'inscription est annulée, cette annulation ne nuira pas aux tiers qui sur la foi de

l'inscription auraient acquis des droits sur l'immeuble à titre onéreux et de bonne foi (art. 9). Le demandeur en nullité peut d'ailleurs se preserver de ce préjudice et prévenir toute acquisition de droit sur l'immeuble, par une prénotation insérée avec la permission du juge (art. 9).

3° *Le principe de la légalité.*

A raison de la force probante qui leur est reconnue, les registres ne doivent contenir que des déclarations dont l'exactitude et la validité sont préalablement contrôlées. C'est le principe de la légalité, c'est-à-dire de la conformité des inscriptions à la loi. C'est le juge conservateur, choisi parmi les membres du tribunal, qui est chargé d'examiner et de vérifier les déclarations des parties avant de leur donner par l'inscription la consécration définitive. Le juge reçoit les demandes d'investiture. Cette institution qui tire son origine du vieux droit germanique, est ignorée en France. Alors qu'en France le simple consentement opère le transfert de la propriété, en Allemagne, comme dans l'ancien droit romain, la convention ne peut produire qu'une obligation d'aliéner ; pour qu'il y ait transfert, il faut une formalité supplémentaire, la tradition romaine est remplacée par l'investiture germanique.

4° *Le principe de la spécialité.*

Le principe de la spécialité veut qu'un compte soit ouvert au registre pour chaque immeuble et que tous les droits intéressant l'immeuble y soient portés.

Section II

L'Act Torrens ou le système de la force probante absolue (2)

Caractéristiques :

9. — L'Act Torrens promulgué en 1861 pour l'Australie du Sud répond aux impératifs économiques d'un vaste continent vide : attirer des immigrants et des capitaux pour mettre en valeur d'immenses étendues de terres vierges.

Aussi, les formalités foncières sont-elles réduites au minimum, et une sécurité sans égale est assurée aux titulaires de droits fonciers.

Comme la population réduite est groupée dans quelques cen-

(2) *Revue Algérienne*, traduction 1886, I, I.
Charles Gide, « L'Act Torrens », *Bull. de la Sté de Lég. comparée*, 1886-1887, p. 228 et suiv.
Besson, *op. cit.*

tres sur la périphérie, le régime est métropolitain : toutes les opérations sont concentrées en un seul bureau qui est situé dans la capitale. L'immatriculation est administrative, partant expéditive, ce qui n'offre pas de danger particulier à raison de la quasi-inexistence de droits sur le sol. Ses effets sont absolus, et bien plus, fait unique, les mutations de propriété ou la constitution d'autres droits ont des effets aussi absolus, tout en étant obtenues très simplement. Enfin un fonds d'assurance augmente encore la sécurité des titulaires.

Dans le même esprit, toute contrainte est bannie, le régime est absolument facultatif, il n'est obligatoire que pour les terres du Domaine, lorsqu'elles sont concédées à des particuliers. Néanmoins l'immense majorité des Australiens a adopté le système.

De l'immatriculation

10. — La procédure est essentiellement administrative. Elle est entièrement dirigée par le Registrar General qui jouit de pouvoirs étendus. Le propriétaire lui fait parvenir une réquisition avec un plan de la propriété qu'il veut immatriculer accompagné des titres, en indiquant les droits qui grèvent l'immeuble. Des commissaires contrôlent la sincérité de la requête.

Lorsque le requérant est concessionnaire direct et originaire de l'immeuble et que cet immeuble n'a jamais fait l'objet d'une transaction juridique quelconque, la procédure est simplifiée, le Registrar General délivre à l'intéressé un certificat de titre (art. 18). Dans les autres cas, lorsqu'il apparaît que l'immeuble appartient réellement au demandeur et que tous les droits qui devaient être inscrits l'ont été, après publication de la demande à plusieurs reprises dans la presse, si, dans le délai d'un mois, le Registrar General n'a pas reçu d'opposition (art. 19), il délivre le certificat de titre.

Si le titre produit est incomplet ou irrégulier, la demande peut être rejetée, le demandeur peut se pourvoir alors devant la Cour (art. 27).

Si une opposition se révèle, l'immatriculation est suspendue jusqu'à ce que le demandeur ait rapporté main levée (art. 24).

Le Registrar rédige en double deux certificats de titre. Il y mentionne les droits et charges qui peuvent grever la terre. Le plan est reproduit au dos du titre. Il mentionne si le droit de propriété est soumis à une condition résolutoire ou suspensive, s'il est limité ou absolu, si les personnes qui contractent sont capables ou non.

Un certificat est remis au propriétaire, un autre certificat reste au bureau réuni avec les autres certificats de titre dans un même volume appelé registre matrice, il constitue le Grand Livre de la Propriété Foncière.

La remise d'un duplicata au propriétaire est une disposition fondamentale et originale du système Torrens. Elle évite des recherches car le duplicata porte un numéro d'ordre qui renvoie au

volume et au folio du registre matrice. En cas de perte du registre ou du certificat, elle en permet facilement la reconstitution.

Effet de l'immatriculation

Le droit du propriétaire immatriculé est désormais inattaquable par les parties comme par les tiers et placé sous la garantie de l'Etat (art. 123) (3). La purge des droits antérieurs non révélés s'opère au profit du constituant. Un recours contre le tiers est accordé dans certains cas, mais sous forme d'actions personnelles et non sous forme d'actions réelles (art. 126) (4).

A titre exceptionnel, cependant, et dans des cas strictement énumérés par la loi (3), une action en revendication est ouverte contre le titulaire d'un certificat de propriété : immatriculation frauduleuse, erreur de bornage, immatriculation antérieure.

Les mutations postérieures

12. — Le trait caractéristique du transfert dans le système de l'Act Torrens est la délivrance d'un nouveau titre destiné à remplacer l'ancien (5). A chaque mutation table rase est faite du passé, comme en France pour les transferts de rente sur l'Etat, un certificat nouveau est délivré à chaque acheteur et le transfert inscrit sur le Grand Livre. L'acquéreur muni de son titre a la même sécurité

---

(3) Art. 123 : « Aucune action en éviction ne sera recevable contre le propriétaire immatriculé et la production en justice du titre formera un obstacle absolu à la poursuite intentée contre la personne qui y est désignée comme propriétaire : sont exemptés les cas où le créancier hypothécaire poursuit l'expulsion de son débiteur, un bailleur celle de son locataire, la revendication exercée par une personne victime d'une fraude contre le prétendu propriétaire immatriculé par fraude ou contre ses ayants cause (à l'exception d'un acheteur ou d'un créancier hypothécaire de bonne foi), la revendication exercée à raison d'une erreur de bornage, enfin celle qui est faite par un propriétaire porteur d'un certificat antérieur et duement enregistré. »

Art. 124. : « Quand une action en revendication aura été reconnue fondée, dans un cas où par exception elle est recevable, la Cour pourra ordonner l'annulation des certificats de titres ou autres actes enregistrés à tort, la substitution d'actes nouveaux et les mentions convenables sur le registre matrice. Le Registrar général se conformera aux prescriptions de la Cour. »

(4) Art. 126, v. *infra*, n° 167.

(5) Torrens fut frappé de la simplicité des droits de ceux qui s'étaient rendus acquéreurs de terres publiques, alors que ceux qui les détenaient de particuliers présentaient une situation obscure et compliquée. Il eut alors l'idée de faire rentrer toutes les propriétés dans la première catégorie, c'est-à-dire de les considérer toutes comme des concessions directes de la Couronne, de l'Etat. Il suffisait d'imaginer qu'à chaque mutation, la terre fût censée revenir à l'Etat qui la concédait au nouveau titulaire (analogie avec la formalité du devest-vest des pays de nantissement et de la désaisine-saisine de l'ancien droit germanique).

que celle dont jouissait le titulaire ordinaire, après avoir fait immatriculer son titre (6).

Pour opérer la mutation le propriétaire vendeur doit rédiger un acte de transfert (« memorandum of sale »). Il joint le certificat du titre et adresse le tout au Registrar General qui fait vérifier le capacité, l'identité des parties et la rédaction du memorandum. C'est le système de la vérification personnelle. Le Registrar General exerce un contrôle complet sur le fond et sur la forme de l'acte à enregistrer. Toute latitude lui est laissée pour y procéder, la loi organise un recours en justice contre ses décisions (art. 110) et permet également au Registrar General de faire trancher à sa requête les questions douteuses (art. 111). La tâche lui est cependant simplifiée, car la plupart des actes ordinaires font l'objet de formules imprimées mises à la disposition du public et qu'il suffit de remplir : « Les actes relatifs aux immeubles immatriculés s'appuyant sur un titre inattaquable ne soulèvent guère d'autres difficultés que celles qui touchent à la condition civile des contractants ; on n'y rencontre jamais ces clauses de style, ces développements parasites qui surchargent en France la rédaction des contrats les plus simples » (7).

Un procédé plus expéditif consiste à endosser le certificat de titre lui-même au verso au nom de l'acquéreur.

Constitution de l'hypothèque et autres droits sur l'immeuble

12 *bis*. — Des imprimés sont à la disposition du public. Il suffit de remplir les blancs d'un mémorandum dressé en double et de faire vérifier la signature par témoins. Le Registrar General inscrit l'acte au folio de l'immeuble sur le registre matrice et au dos du titre. Un registre spécial mentionne l'heure et la date de l'inscription.

Au cas de libération, une décharge est portée au dos du titre conservé par le créancier et mention est faite sur le registre matrice et au certificat du titre.

Le titre ancien trop chargé peut être remplacé par un titre neuf.

L'hypothèque peut être cédée par un acte de transfert (formules en blanc) ou par un endossement au verso de l'acte hypothécaire, mention en est faite sur le folio immatriculé.

Pour un prêt à court terme, le débiteur remet à son créancier

---

(6) La priorité de la délivrance du certificat entraîne la priorité du droit et le certificat du titre remis est inattaquable, sauf certaines exceptions strictement énumérées « le titre traverse sans jamais épuiser sa valeur originelle toute la série des mutations à venir, ayant entre les mains des porteurs successifs la même force probante qu'entre les mains du premier titulaire ». Besson, *op. cit.*, p. 347.

(7) Cf. Besson, *op. cit.*, p. 345.

le certificat de propriété, pour plus de sûreté il peut adresser une opposition à l'enregistrement à toute aliénation ou constitution de droit. Elle est inscrite à l'encre rouge sur le folio de l'immeuble.

Les baux ne sont soumis à la formalité que lorsqu'ils dépassent un an.

Le principe de la spécialité est respecté, les hypothèques sont toujours spéciales, c'est-à-dire déterminées quant à l'immeuble et quant au montant de la créance garantie. Il n'y a pas de charge occulte.

Le fonds d'assurance

13. — Toute personne lésée par la perte d'un droit réel peut actionner le responsable de la faute ou de la fraude en indemnité pendant six ans à compter de la dépossession (art. 126). Si le responsable est insolvable, l'action est intentée contre le Registrar General afin d'obtenir une indemnité sur le fonds d'assurance.

Toute erreur ou omission du service est dirigée contre le Registrar General et l'indemnité est réglée sur le fonds d'assurance. Le Registrar General ne peut jamais être recherché qu'au cas de faute volontaire.

En cas d'insuffisance, il est prévu que l'Etat indemnise. En fait le fonds d'assurance est constitué à l'aide d'une taxe de deux pour mille de la valeur de la terre, prime plus que suffisante puisque pendant dix ans l'Etat de Victoria de 1862 à 1871 n'a eu à rembourser qu'une somme de 11 500 livres alors qu'il avait en caisse plus d'un million de livres.

CHAPITRE III

LES REGIMES FONCIERS OUTRE-MER

Deux périodes sont à considérer : la période française où la France s'est efforcée de traduire les aspirations des populations, la période de l'Indépendance où elles se sont données libre cours.

Section I

Pendant la présence française

A l'exception de l'Algérie, tous les régimes fonciers de l'Afrique et de Madagascar ont progressivement adopté pendant la présence française le système des livres fonciers en s'inspirant de la législation prussienne de 1872 et surtout de l'Act Torrens et en respectant les quatre principes fondamentaux : la publicité, la force probante, la légalité et la spécialité de l'inscription, modelés selon les contingences locales.

Le régime tunisien

14. — C'est en Tunisie que le régime des livres fonciers fit pour la première fois son apparition dans les territoires soumis à l'influence française. La loi foncière tunisienne du 1er juillet 1885 sur la propriété immobilière instaure un régime foncier qui s'inspire très directement de l'Act Torrens.

Comme sous le régime de l'Act Torrens, l'immatriculation est facultative sauf en matière de ventes judiciaires, exception que l'on retrouve partout, et d'aliénation de biens habous. Le caractère non obligatoire du nouveau régime foncier s'expliquait par le désir

de ne pas bouleverser les traditions locales, souci constant de la France dans tous les territoires pendant le temps de sa présence, sous réserve que le maintien de la coutume ne heurte pas l'ordre public.

L'immatriculation, exclusivement judiciaire, selon la tradition germanique, est confiée à un Tribunal mixte qui statue sans formalité et sans recours, dans un but de célérité. Le caractère souvent litigieux de la propriété en Tunisie, comme la nécessité de protéger les incapables et les non-présents, ont amené le législateur à préférer le contrôle judiciaire au contrôle administratif. Solution dont la Tunisie s'est félicitée d'ailleurs. Le Tribunal mixte était présidé par un magistrat français et était composé pour moitié de juges français et moitié de juges tunisiens d'où son nom. L'immatriculation prononcée opère purge en faveur de l'immatriculant, l'effet est absolu, les parties pas plus que les tiers ne peuvent attaquer le titre. Un duplicata du titre est remis au propriétaire, emprunt fait à l'Act Torrens qui se retrouve partout.

L'immeuble une fois immatriculé est soumis aux dispositions du Code civil français, si elles ne sont contraires ni à la loi foncière ni au statut personnel ou aux règles des successions des titulaires de droits immobiliers. L'immeuble relève exclusivement de la compétence des tribunaux français. A la différence des régimes fonciers germaniques et australiens, le principe de la consensualité des contrats du droit français est sauvegardé, la propriété est transférée dès l'accord. Mais à l'instar de la loi prussienne, la force probante des inscriptions postérieures à l'immatriculation est relative, ces inscriptions peuvent être attaquées conformément au droit commun, mais les effets de l'annulation ne rejaillissent pas contre les tiers de bonne foi. La prénotation prussienne des droits litigieux est également adoptée. La purge des hypothèques est conservée, ce qui est une particularité du régime foncier tunisien.

Le régime malgache

15. — L'immatriculation foncière a été introduite à Madagascar par le décret du 16 juillet 1897, calqué sur la loi foncière tunisienne. L'immatriculation est judiciaire, mais à la différence de la Tunisie, elle n'est pas prononcée par une juridiction spécialisée. Le décret du 4 février 1911 remplaça le décret de 1897 dont l'application avait donné lieu à de nombreuses difficultés.

Le décret de 1911 s'inspire de la législation tunisienne et du texte de 1906 de l'Afrique occidentale. L'immatriculation reste facultative, mais le nombre de cas où elle est obligatoire, grandit : aliénations ou concessions de terrains domaniaux, vente par un malgache à un européen, dans les centres urbains lorsqu'il en aura été ainsi décidé par un arrêté du gouverneur général pris en conseil d'administration. En 1943, l'immatriculation devient mixte : administrative lorsqu'elle ne paraît pas présenter de difficultés, judi-

ciaire dans le cas contraire. L'appel est recevable, le pourvoi en cassation est limité.

Le titre foncier délivré est inattaquable et sa force probante est absolue.

Après immatriculation, l'immeuble est soumis à la législation française, le droit malgache s'applique lorsqu'il s'agit d'immeubles en la possession de malgaches, mais seulement en ce qui concerne l'état des personnes, le mariage, les donations et la dévolution successorale. La force probante des inscriptions postérieures est relative. La purge des hypothèques est supprimée, mais une procédure d'exécution accélérée est instaurée. L'hypothèque différée est admise.

Le contrôle du conservateur sur les actes à inscrire est strictement réglementé.

Le stellionat, fraude caractérisée, commise à l'occasion d'une procédure d'immatriculation est pénalement sanctionné. En fait, les poursuites sont rares.

Par ailleurs, pour répondre aux aspirations profondes du peuple malgache, la France organisa le cadastre par décret du 25 août 1929. Le cadastre permet à l'aide d'une procédure moins complexe et moins coûteuse que l'immatriculation de consolider la propriété ancestrale entre les mains des ayants droit en autorisant la preuve par le témoignage, exclue de la procédure d'immatriculation.

Elle aboutit également à la délivrance d'un titre définitif et inattaquable, mais la procédure cadastrale ne peut avoir lieu que dans des portions de territoire déterminées par l'autorité (art. 4), et les immeubles cadastrés sont grevés d'inaliénabilité et d'insaisissabilité pendant 30 ans (art. 19).

Le Congo ou Afrique équatoriale française

16. — Le décret du 28 mars 1899, applicable au Congo français démarque la loi tunisienne, à cette différence près qu'aucune juridiction spécialisée n'est créée.

Le décret de base fut modifié par le décret du 12 décembre 1920. L'immatriculation fut alors accordée aux descendants d'Européens, c'est-à-dire aux métis ainsi qu'aux Africains pour leurs terrains urbains, mais à condition qu'ils soient accordés en pleine propriété, en dehors des terres de collectivité (art. 1er). Le même texte permit l'immatriculation d'office par les soins du conservateur, lorsque l'immatriculation est obligatoire, au cas de défaillance du propriétaire.

Ces dispositions devaient être maintenues jusqu'en 1955. A partir de cette date, la constatation préalable d'une emprise évidente et permanente des Africains sur la terre fut exigée, matérialisée soit par des constructions, soit par une certaine mise en valeur définie par des règlements de l'autorité locale (art. 5 du décret du 20 mai 1955).

Le Maroc

17. — L'immatriculation foncière a été établie au Maroc par deux dahirs, le dahir du 12 août 1913 qui traite de l'immatriculation et de la publicité des droits réels sur les immeubles immatriculés et le dahir du 2 juin 1915 qui concerne la législation applicable aux immeubles immatriculés.

L'immatriculation est facultative, sauf en ce qui concerne la vente ou l'échange de biens domaniaux ou de biens frappés de habous publics et les ventes sur expropriation. Le contentieux est réglé par la justice française avec l'assistance de deux assesseurs musulmans à voix consultative. Une innovation intéressante réglemente la constitution de droits réels pendant la période de l'immatriculation (*infra*, n° 85).

Les immeubles immatriculés relèvent de la compétence des tribunaux de droit français. Au Maroc, à la différence de la solution adoptée dans les autres pays, l'inscription produit un effet translatif de droits entre les parties *. Le droit de préemption fait l'objet d'une règlementation très précise. La prénotation est soigneusement réglementée. La force probante de l'inscription est relative.

L'Afrique occidentale et le Cameroun

18. — C'est le décret du 24 juillet 1906, publié au lendemain de la clôture des travaux de la Commission extraparlementaire du cadastre, qui a institué les livres fonciers en Afrique occidentale. Ce texte, remarquablement rédigé, a inspiré le législateur marocain. Mais il a été remplacé par le décret du 26 juillet 1932 qui présente avec lui peu de différence.

L'immatriculation est facultative ; elle n'est obligatoire en principe que dans les cas où elle est obligatoire à Madagascar. La procédure est essentiellement administrative comme au Maroc. L'Africain requérant doit déposer un certificat délivré par l'autorité administrative établissant ses droits (art. 90).

La force probante du titre délivré est absolue, cependant comme au Maroc, le texte organise la préimmatriculation c'est-à-dire la constitution de droits pendant le cours de la procédure d'immatriculation ; il protège également les droits tenus directement de l'immatriculant, à l'exclusion toutefois du droit de propriété.

La force probante des inscriptions postérieures est relative et le principe de la légalité est défini avec la même précision qu'à Madagascar. La distribution des deniers en cas de vente forcée fait l'objet d'une réglementation détaillée. La purge est supprimée, l'hypothèque différée est admise à l'instar de l'Australie.

Au Cameroun, le décret du 21 juillet 1932 s'inspire du texte

(*) Sur les avantages que présente cette solution voir notre Traité p. 23 et *infra*, n° 247.

de Madagascar en tenant compte du livre foncier créé par les Allemands.

Insuccès du régime de l'immatriculation en Afrique noire

19. — En Afrique noire, l'immatriculation foncière n'a pas connu de succès. Les cultivateurs africains ont d'une façon générale boudé la procédure qui leur était offerte. Diverses raisons ont été données pour expliquer cette attitude négative.

D'abord le taux élevé des droits d'immatriculation et puis l'insuffisance du personnel technique. Ces causes ont certainement leur part, mais la raison essentielle est ailleurs. Elle réside dans l'attachement de l'Africain à la tradition et dans la solidarité familiale.

La coutume négro-africaine ignore en effet l'appropriation du sol ; dans l'esprit africain, le droit de propriété appliqué à un objet quelconque réside dans le travail qui a produit l'objet ou l'a fait acquérir. La terre ne peut être considérée comme le produit d'un travail humain. La terre comme le ciel et la mer appartient à des divinités ou à des génies. Les droits coutumiers sur la terre ont pour origine une sorte de pacte conclu avec la divinité du sol afin d'en permettre l'usage à la collectivité. Les droits fonciers sont donc nés et sont conservés sans preuve par écrit, sans titre. Le cultivateur est un simple usufruitier, il n'a pas la notion de la valeur vénale de la terre et entend la travailler pour vivre le mieux possible, sans aucune idée spéculative. La terre est donc inaliénable et collective.

« Dans le droit négro-africain traditionnel, la Terre ne peut être l'objet de propriété, mais seulement l'objet d'un usage. La Terre-Mère est conçue comme une personne morale, un génie avec lequel le conducteur du peuple a conclu une alliance pour l'usage c'est-à-dire pour l'exploitation du sol. Le droit éminent de l'usage de la Terre appartient au Roi ; dans le village c'est le Maître du Sol qui affecte à chaque famille un lot correspondant à ses besoins, ces affectations peuvent être révisées selon les nécessités culturales de l'évolution de la famille. Toutefois, il y a une certaine tendance à la stabilité des affectations lorsqu'il y a une mise en valeur durable. » (1)

Les coutumes négro-africaines connaissent cependant toute une gamme de droits sur le sol ; depuis des droits comportant une emprise matérielle sur le sol, de caractère plus ou moins permanent (habitation, cultures suivies, paturages enclos ou aménagés) assimilables à un droit d'usufruit jusqu'aux droits moins caractérisés ne portant pas d'emprise, sorte de servitudes (coupes de liane, ramassage de bois mort, cueillette, chasse, vaine pâture, etc.).

Les droits sont également collectifs et inaliénables. Le groupe

(1) Allocution du président de la République du Sénégal du 1er mai 1964.

n'est que le dépositaire des droits et biens amassés dans le courant de l'histoire. Selon la coutume le chef n'est qu'un gardien du patrimoine laissé par le travail des générations antérieures : « Le sol appartient autant aux vivants qu'aux générations à venir et les vivants ne peuvent par conséquent en disposer. » (2).

Cette tenure communautaire du sol ne favorisait pas l'immatriculation des terres qui suppose des droits de propriété individuels et nettement définis.

Tentative française pour y remédier

20. — Cependant au contact de la civilisation européenne, dans les villes et dans les terres riches, la conception archaïque africaine de la propriété a évolué. Le mode de culture extensive du sol a fait place, peu à peu, à un mode individualiste de la tenure du sol ; certains africains se sont rendu compte que l'on pouvait non seulement être propriétaire des produits de la terre, mais aussi de la terre cultivée.

L'administration française s'est efforcée de favoriser cette évolution et de développer l'appropriation individuelle du sol qui apparaît comme le moteur du développement économique et social, mais en prenant garde d'éviter les heurts.

C'est ainsi qu'au Congo dès 1899, les Africains ont pu requérir l'immatriculation de terrains sis dans les périmètres urbains et ruraux concédés en pleine propriété, réserve faite toutefois les terres de collectivités (art. 1er du décret).

De même en Afrique occidentale, le décret du 8 octobre 1925 et en Afrique équatoriale, le décret du 10 février 1938 ont autorisé les détenteurs de droits coutumiers à demander l'immatriculation en vue de consolider leurs droits sous condition de produire un « certificat administratif » établissant après enquête, les conditions dans lesquelles les immeubles étaient détenus. Mais cette faculté ne fut guère utilisée. Le certificat administratif ne constituait pas un titre de propriété, il était dénué de force probante et n'emportait pas le droit de disposition ; les auteurs du décret n'avaient dégagé aucun critère permettant de distinguer entre les droits coutumiers ceux qui pouvaient être immatriculés et ceux qui ne pouvaient pas l'être, autant d'obstacles à sa large application.

Dans l'espoir d'intéresser davantage les Africains à la consécration de leurs droits en leur assurant la délivrance d'un titre plus valable, obtenu plus rapidement et sans frais, à la veille de l'Indépendance, les décrets des 20 mai 1955 et 10 juillet 1956 instaurèrent pour l'Afrique noire un livret foncier. Il devait être délivré après une procédure publique et contradictoire par les autorités administratives aux africains qui possèderaient sur le sol une emprise évidente et permanente matérialisée soit par des constructions, soit

(2) Geismar cité par Doubliez, *La propriété foncière en A.O.F.*, p. 30.

par une certaine mise en valeur, emportant droit de disposer, surtout dans les régions urbaines et de riches cultures. Le livret obtenu était opposable aux tiers et avait une force probante absolue (art. 10 pour l'Afrique occidentale et 15 pour l'Afrique équatoriale). La procédure aboutissait donc à la délivrance d'un titre et non plus d'un certificat.

Les droits ainsi constatés pouvaient être directement immatriculés, le bornage étant supprimé, si aucune opposition n'était valablement enregistrée dans le délai de deux mois à compter de la publication au Journal Officiel de la réquisition d'immatriculation.

Il était prévu que la définition de cette emprise sur le sol résultant de la mise en valeur devait être donnée par une délibération de l'Assemblée territoriale, dans le sens d'une adaptation à l'évolution sociale plus que dans le sens d'une simple constatation.

C'est sur cette perspective que s'achève « la période française » et que commence « l'ère africaine et malgache ».

Bilan des terres immatriculées à la veille de l'Indépendance

21. — Si convaincu que l'on puisse être de la supériorité technique de l'institution, il serait vain de tenter de la justifier si elle échouait dans la pratique. Le système des livres fonciers doit être fondé d'abord sur le réel, il faut qu'il convienne au milieu auquel il se propose. A ce point de vue, sans méconnaître la valeur intrinsèque de l'immatriculation, il lui a été fait grief de ne pas tenir compte des réalités locales. C'est pourquoi il apparaît nécessaire de dresser le bilan des résultats obtenus dans l'immatriculation des terres à la veille de l'Indépendance, afin de vérifier la pertinence de ce reproche.

Avant d'y procéder une observation préliminaire s'impose. Pour apprécier sainement le succès de l'immatriculation, il ne faut pas comme on en a coutume, tenter de comparer la superficie des terres immatriculées à la superficie globale du pays intéressé. Il faut prendre soin de dégager de la superficie totale, les terres utiles, c'est-à-dire les terres cultivées et les terres cultivables, des zones désertiques, montagnes, marais, forêts denses et impénétrables, inhabitées qui ne sont pas appropriées et pour lesquelles, par conséquent, l'immatriculation n'a pas de sens. Or ces étendues désertiques sont immenses dans les pays d'outre-mer et en tenir compte dans les comparaisons qui nous occupent, c'est en fausser les conclusions.

Il est singulier que cette évidence n'ait été perçue qu'en Afrique du Nord, mais qu'elle ait échappée en Afrique et à Madagascar.

Par ailleurs, il est essentiel de retenir aussi comme autre élément d'appréciation la faiblesse de la densité de la population outre-mer. Elle oscille de 30 habitants au km² en Tunisie et au Maroc, à 10 habitants et moins au km² en Afrique Noire et à Madagascar, accusant le caractère désertique de ces régions, ce qui

réduit encore le nombre des parcelles occupées, partant le nombre des candidats à l'immatriculation et les surfaces immatriculées.

Ces observations faites, il convient de procéder à l'inventaire des terres immatriculables au moment de l'Indépendance.

En Tunisie, pour une superficie globale de 15 millions d'ha, il existe seulement 4 900 000 ha de terres utiles dont 3 800 000 ha de terres cultivables, exploitées ou en friche et 1 100 000 ha de forêts. En 1948, date des dernières statistiques connues, 1 800 000 ha étaient immatriculés auxquels devaient s'ajouter un million d'ha deprésentant la totalité du domaine privé de l'Etat, principalement constitués de forêts dont les réquisitions devaient être déposées avant le 1er janvier 1949. De sorte que l'on peut estimer qu'au moment de l'Indépendance les 3/5 des terres utiles devaient être immatriculées.

Quant au nombre de réquisitions reçues, il s'élevait au 1er janvier 1949 à 28 653, soit, si l'on fait abstraction des périodes critiques (période d'installation, guerres) une moyenne annuelle de 517 immatriculations (3) avec une proportion de réquisitions de tunisiens passée de 15 % en 1891 à 88 % en 1947.

Au Maroc, pour une superficie globale de 44 millions d'ha, le 31 décembre 1954, les 10 conservations foncières du Maroc avaient reçu 128 479 réquisitions d'immatriculation portant sur 2 millions d'ha, dont 94 741 représentant une superficie de 1 546 980 ha déposées par les marocains. Il avait été délivré 85 782 titres fonciers couvrant une superficie de 1 850 000 ha. Les propriétés immatriculées étaient alors estimées à près de la moitié des terres utiles en dehors des forêts, des terres de parcours et des merjas (4).

En Afrique Noire, au Sénégal, pour une superficie de 19 700 000 ha au moment de l'Indépendance, en 1960, la superficie des terres immatriculées étaient de 200 000 ha, soit 3 % de la superficie utile évaluée à 6 800 000 ha, révélant une cadence moyenne d'immatriculation de 3 300 ha par an.

Jusqu'en 1960, le nombre d'immatriculations prononcées était de 26 000 soit une moyenne annuelle de 400 environ (5).

Au Cameroun, dont la superficie totale est de 45 millions d'ha, au 31 décembre 1957, la superficie des terres immatriculées était de 69 750 ha représentant 2 525 ha de terrains urbains et 67 225 ha de terrains ruraux pour une superficie cultivée de 1 850 000 ha, à laquelle devaient s'ajouter 6 millions d'ha pour les jachères et 9 millions d'ha consacrés aux paturages, l'immatriculation atteignait donc 1 % des terres utiles et 4 % des terres cultivées.

---

(3) Birot, « L'immatriculation foncière en Tunisie et au Maroc », *Bull. de légis. comparée*, juillet-septembre 1948, p. 32.

(4) Caillé, *La procédure judiciaire de l'immatriculation foncière au Maroc*, 1956, p. 19.

(5) Renseignements obtenus grâce à l'obligeance de M. Dupuy Dourreau, conservateur de la propriété foncière de Dakar.

Le nombre des immatriculations prononcées s'élevait à 5083, soit, en dehors des périodes de crises, une cadence annuelle de 175 immatriculations (6).

A Madagascar, dont la superficie totale est de 60 000 000 ha, depuis les origines jusqu'à l'Indépendance (1960), 2 740 000 ha de terres ont été immatriculés concernant 96 527 immatriculations (7). Le départ entre les terres utiles et les terres désertiques n'a jamais été fait à Madagascar, de sorte que si, approximativement, on admet la même proportion de terres utiles qu'au Sénégal, le pourcentage de terres immatriculées serait de 12 % pour 24 millions de terres utiles.

De ces chiffres, on peut conclure à un succès certain du système en Tunisie et au Maroc, à raison de l'adhésion massive des populations, à un succès également pour Madagascar à raison de l'importance de la superficie des terres immatriculées, par contre à une réserve de l'Afrique noire pour l'institution, bien que moins grande qu'il a été prétendu. Il est indéniable que le système n'avait pas encore pris en Afrique noire au moment où le rideau se levait sur l'Indépendance.

Section II

Après l'Indépendance

22. — Ce n'est pas sans une certaine curiosité mêlée d'un peu d'appréhension pour ceux qui en sont férus, que l'on pouvait s'interroger sur le sort qu'allaient réserver les Etats devenus indépendants à une institution importée de toutes pièces par la puissance coloniale ou protectrice, marquée par conséquent du sceau d'une époque révolue, si l'on ajoute qu'elle avait servi, il faut le reconnaître, à l'installation de puissantes entreprises étrangères, qui, sur cette base solide, avaient accepté d'investir et de contribuer au développement économique du pays.

N'allait-on pas assister, par une réaction naturelle, à un retour, à la coutume ancestrale, avec sa tenure communautaire et son économie fermée, auréolée du souvenir de l'époque où les Africains étaient entre eux, ou au contraire le désir de se hisser le plus rapidement possible au niveau des puissances développées allait-il l'emporter et favoriser l'immatriculation des terres afin de dégager les droits individuels de l'emprise des droits collectifs, l'immatriculation apparaissant alors comme l'un des critères les plus révélateurs des aspirations des pays devenus indépendants ?

---

(6) Renseignements dus à l'obligeance de M. Emzivat, chef du service foncier du Cameroun et tirés d'un rapport de M. Bessis expert de la F.A.O. du mois d'avril 1963.

(7) Renseignements dus à l'obligeance de M. Rakoto Mananjean, ancien directeur des domaines de Madagascar.

Une première observation s'impose : aucun des Etats de l'ancienne A.O.F. n'a répondu à l'invitation du décret du 20 mai 1955 et n'a donné une définition de l'emprise permanente sur le sol qui devait permettre aux possesseurs africains d'obtenir l'immatriculation. Comme le même texte a abrogé l'article 90 du décret du 26 juillet 1932 créant un certificat administratif qui seul permettait aux titulaires africains de demander l'immatriculation des terres qu'ils occupaient, il en est résulté qu'aucune immatriculation particulière n'est plus devenue possible, en ce qui concerne les terrains non bâtis, et que l'immatriculation foncière a été paralysée. C'est un point qu'il ne faut pas perdre de vue lorsqu'on invoque l'indifférence des Africains à l'égard de l'immatriculation, au moins après 1955.

Cette considération restant présente à l'esprit, avec le recul de quelques années, on voit se dessiner plusieurs courants.

L'un franchement hostile, condamne sans appel l'immatriculation foncière, non pas en tant que système de publicité foncière, mais parce qu'il consacre un droit qu'il estime néfaste, le droit de propriété individuelle sur la terre, c'est le cas du Sénégal.

Une autre tendance se dégage en faveur du maintien du régime de l'immatriculation en lui conservant son caractère facultatif, non sans modifier le texte antérieur, plus ou moins profondément pour traduire les aspirations nouvelles : c'est la solution adoptée par la majorité des Etats.

Enfin, certains pays prescrivent ce que la France n'a jamais voulu imposer, l'immatriculation obligatoire ; c'est le cas de la Tunisie et du Gabon dont l'initiative consacre chez eux le succès de l'institution.

En même temps, se découvre dans un certain nombre de pays le souci de perfectionner la technique du régime foncier révélé en particulier dans la refonte du texte organique de Madagascar, dans les retouches très étudiées du texte de la Tunisie et dans la promulgation d'une loi organique nouvelle au Gabon.

Accessoirement, les Etats se sont d'une façon générale hâtés de faire disparaître de leurs textes tout ce qui pouvait rappeler d'une manière trop apparente, une époque révolue, ainsi en a-t-il été en particulier de l'application de la législation française aux immeubles immatriculés, des euphémismes ont du être trouvés parfois pour la maintenir lorsque la législation nationale présentait des lacunes : droit moderne par exemple au lieu de droit français, en attendant la promulgation d'une législation nouvelle.

I. — Pays ayant proscrit l'immatriculation : Le Sénégal

23. — Au Sénégal, la mesure n'a pas été prise immédiatement après l'Indépendance. Au contraire, quelques retouches ont d'abord été apportées au texte organique.

C'est ainsi qu'un décret du 8 février 1961 a prescrit la rédaction authentique pour les actes destinés à faire l'objet d'une inscription (disposition reprise dans l'article 383 du Code des obligations); que le décret du 27 août 1962 a modifié les articles 30, 32, 39 *bis* du décret du 26 juillet 1932, en instituant une hypothèque forcée sur les biens des comptables publics.

Le Code des obligations du 10 juillet 1963 a réservé le chapitre III aux contrats relatifs aux droits réels portant sur des immeubles immatriculés. Il impose notamment l'immatriculation de tout immeuble pour la validité des conventions constituant ou tranférant des droits réels (art. 380), il adopte la solution marocaine du transfert de la propriété par l'inscription (*supra*, n° 17).

Enfin la loi du 17 juin 1964 (art. 14) unifie les deux régimes de la propriété foncière de l'immatriculation et de la transcription à la conservation des hypothèques, en enjoignant dans le délai de deux ans l'immatriculation de tous les immeubles ayant fait l'objet d'un acte à la conservation.

On était donc en droit de penser que le régime de l'immatriculation était définitivement adopté.

Mais un revirement complet devait s'opérer à la suite d'un discours retentissant du président Senghor, prononcé le 1er mai 1964, dans lequel il a condamné le droit de propriété occidental en marquant sa préférence pour une socialisation de la terre, plus conforme à la tradition négro-africaine.

Le Sénégal, comme tous les pays d'Afrique devenus indépendants, se trouve sollicité par deux appels contradictoires : le désir de s'élever au rang des grandes puissances mondiales en acceptant toutes les servitudes et les obligations que cette ambition comporte d'une part, d'autre part l'attrait de la coutume ancestrale où le passé apparaît comme l'âge d'or, avec son économie étroite et fermée et ses traditions rigoureusement respectées, c'est incontestablement à cette dernière aspiration que le président Senghor a cédé lorsqu'il a déclaré :

« De quoi s'agit-il ? Il s'agit très simplement de revenir du droit romain au droit négro-africain, de la conception bourgeoise de la propriété foncière à la conception socialiste qui est celle de l'Afrique noire traditionnelle.

« Les conceptions négro-africaines ont été contaminées par le droit écrit qui a introduit la notion romaine de la propriété individuelle, caractérisée par le droit d'usage (usus) et plus encore par la possibilité d'aliénation (abusus). Non seulement les textes « français » permettaient aux détenteurs coutumiers de faire « immatriculer » leurs terres sous certaines conditions (en fait 1 % des terres du Sénégal seulement était immatriculé), mais les conceptions romaines ont altéré la nature traditionnelle des tenures foncières. Une mentalité de propriétaire, de riche, s'est peu à peu développée chez les exploitants comme chez certains " maîtres du sol " qui ont pris l'initiative de la mise en valeur. Les juge-

ments des tribunaux coutumiers sous l'influence des fonctionnaires coloniaux qui les présidaient, ont accentué cette tendance.

« Les inconvénients de cette situation, c'est l'anarchie et le frein à l'urbanisation des villes, la possibilité d'immatriculation ayant donné lieu à de grandes spéculations. Chaque fois qu'une opération d'urbanisme avait eu lieu, de " pseudo titulaires de droits coutumiers ", en réalité 9 fois sur 10 des spéculateurs professionnels, faisaient valoir leurs *droits* et exigeaient de substantielles indemnités d'où la longueur et le coût accru des investissements (8).

« A la campagne, la sclérose du système traditionnel interdit toute opération de remembrement, par là, la mise en valeur des terres, le développement socialiste de la production rurale par les coopératives en est compromis. » (9).

Les principes directeurs de la réforme foncière du Sénégal

24. — Ces principes ont été concrétisés dans un texte, la loi du 17 juin 1964 sur le domaine national.

Les droits acquis sont respectés. On ne touche pas à la propriété de droit écrit d'ailleurs protégée par la Constitution. Les terres déjà immatriculées ou placées sous le régime du Code civil demeurent sous leur régime. Un délai est même accordé aux occupants des terres non immatriculées qui ont réalisé une mise en valeur de caractère permanent pour déposer leur réquisition.

Par contre, ce délai expiré, *aucune immatriculation nouvelle ne sera plus possible,* sauf au nom de l'Etat pour la réalisation d'opération d'utilité publique.

Toutes les autres terres, c'est-à-dire 98 à 99 %, sont incorporées d'office « au domaine national », cela ne signifie pas que l'Etat en devienne propriétaire « à la romaine », mais qu'il reprend les fonctions traditionnelles de « maîtres de la terre » pour les adapter aux nécessités du développement.

Le domaine national comprend des zones de terroir, constituées par les terres nécessaires au développement des collectivités qui y sont implantées et délimitées par décret. La gestion en est confiée aux occupants constitués en « communautés rurales » qui assurent leur mise en valeur par un conseil rural composé de membres élus et de membres nommés. Le président est désigné parmi les membres non fonctionnaires. Il affecte et désaffecte les

(8) Du temps de la colonisation et du certificat administratif les tribunaux faisaient droit le plus souvent aux revendications des Africains, souvent peu fondées et accordaient de larges indemnités d'éviction. Des abus considérables furent constatés dans les villes. Aujourd'hui lorsque l'Etat immatricule à son nom, il n'indemnise que les impenses véritables.

(9) Les chefs religieux se sont toujours opposés à l'immatriculation des terres dans les campagnes, « la francisation » des terres heurtait leur conception traditionnelle de la tenure du sol.

terres aux individus. Mais les droits de culture ne sont pas absolus, ni même transmissibles du vivant des titulaires, il s'agit de simples droits d'usage reconnus aux seuls exploitants dans le cadre d'une collectivité. La désaffection peut être prononcée pour insuffisance de mise en valeur ou mauvais entretien ou si l'intéressé cesse d'exploiter personnellement, en outre l'Etat se réserve un droit de reprise contre remboursement du prix payé, des portions du terrain concédé, indispensables à l'exécution des travaux publics, outre une indemnité pour les parties mises en valeur.

Une semblable tenure qui ne confère que des droits de jouissance précaire, exclut évidemment le droit de propriété tel que nous le connaissons, partant l'idée de la délivrance d'un titre immatriculé.

Les terres du domaine national qui restent libres constituent des zones pionnières que l'Etat se charge de mettre en valeur.

Un examen sommaire des textes laisserait supposer que l'immatriculation est sauvegardée. A l'article 3 de la loi du 17 juin 1964, il est en effet prévu l'immatriculation des terres au profit de l'Etat, et, l'immatriculation au nom des occupants qui ont déjà réalisé une mise en valeur de caractère permanent. Mais, en fait, l'immatriculation au nom de l'Etat n'aura pas pour effet de mobiliser la terre, mais seulement d'asseoir le domaine national ; quant aux particuliers, la faculté qui leur est octroyée n'aura qu'un temps puisqu'un délai de six mois leur est imparti pour faire valoir leurs droits et que les conditions posées par le décret d'application du 30 juin 1964 pour y parvenir se trouvent rarement réunies. Ce texte a provoqué le dépôt de 13 000 demandes, ce réveil paraît significatif au moment où l'immatriculation est condamnée (10).

Le décret du 26 juillet 1932 est maintenu mais « comme un système de publicité de droits réels qui a fait ses preuves » (11).

C'est à l'usage que se jugera la valeur du nouveau régime foncier ; il s'agit là d'une expérience unique et très intéressante puisque le Sénégal consacrera sur son sol la co-existence de deux droits de propriété différents constituant un élément de confrontation permanente et il n'est pas impossible qu'avec le temps la

---

(10) En fait on immatricule encore au Sénégal. D'abord, la règle est parfois tournée en faveur des propriétaires qui, en vertu des dispositions du Code civil, par négligence ou ignorance, n'ont pas fait immatriculer leur immeuble dans le délai imparti. Le Gouvernement sénégalais admet leur requête tendant à faire immatriculer l'immeuble au nom de l'Etat, l'immatriculation obtenue, l'Etat rétrocède l'immeuble aux ayants droits. Il faut alors deux décrets ; quelques dizaines d'immeubles ont été ainsi immatriculés, mais le Gouvernement Sénégalais est peu favorable à cette procédure assez lourde.

D'autre part, dans l'intérieur, les lenteurs des travaux de la commission chargée de constater la mise en valeur des terres provoque encore l'immatriculation de terrains.

(11) Exposé des motifs du projet de loi sur le domaine national du 30 juillet 1964.

propriété romaine avec les garanties qu'elle offre, finisse par exercer un attrait tel qu'elle oblige quelque jour les pouvoirs publics à reviser un conception foncière peu propre à enthousiasmer l'exploitant et à stimuler ses efforts. L'expérience est en tous cas à suivre.

II. — Pays ayant maintenu l'immatriculation facultative

25. — La majorité des pays ont maintenu le caractère facultatif de l'immatriculation.

Certains Etats se sont bornés à conserver la législation antérieure, sans y apporter de modification notable : le Maroc, le Togo, le Congo, la République Centrafricaine n'ont rien changé à la réglementation antérieure, d'autres Etats ont pris des textes nouveaux, mais en suivant à la lettre la législation précédente, comme le Dahomey ; ou en la simplifiant, tel le Tchad bien qu'elle fut déjà sommaire.

D'autres pays ont pris d'intéressantes initiatives, soit pour développer leur économie rurale, tel le Cameroun, soit pour répondre à des aspirations ancestrales qui veulent que la terre ne puisse être confiée qu'aux plus dignes, c'est la raison pour laquelle Madagascar a supprimé officiellement l'immatriculation directe et que la Côte d'Ivoire l'a supprimée en fait.

A. — Pays conservateurs

a) Pays ayant reconduit purement et simplement la législation antérieure : Congo, République Centrafricaine, Maroc, Togo.

26. — Le Congo et la République Centrafricaine n'ont pas modifié les dispositions du texte organique de 1889.

Le Maroc a poursuivi sa vitesse de croisière et peu de changements ont été apportés à des textes d'ailleurs remarquablement faits.

La création d'une Cour suprême a permis l'accès de la cassation aux parties (dahir du 28 mai 1958), même la décision de rejet d'une réquisition d'immatriculation ou d'une demande d'inscription peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation. D'autre part, les transactions relatives à des immeubles appartenant à des Européens ont été limitées (dahir du 17 novembre 1959).

Au Togo, depuis l'Indépendance, la législation n'a pas été retouchée. Les demandes d'immatriculation d'immeubles augmentent d'année en année dans les centres urbains où les propriétaires tirent profit des transactions immobilières, par contre dans les campagnes les paysans n'ont pas les moyens d'y recourir. Actuellement près du dixième de la surface des terres est immatriculée.

b) Pays ayant repris les textes anciens : Dahomey, Tchad.

Au Dahomey, la loi du 14 août 1965 qui fixe le régime de la propriété foncière se borne à reprendre le décret de l'A.O.F. du 26 juillet 1932. Elle conserve même le numérotage des articles.

Au Tchad, dans un esprit de simplification malheureux, le décret du 1er août 1965 a réduit à 62 articles le décret du 28 mars 1899 relatif au régime de la propriété foncière dont les 99 articles présentaient déjà bien des insuffisances. Le nouveau texte qui semble avoir été rédigé hâtivement, présente des lacunes importantes, il est muet notamment sur les effets de l'immatriculation. C'est une tendance regrettable qu'ont parfois les jeunes Etats à vouloir réduire le volume des textes du temps de la colonisation, avec l'espoir de simplifier leur application. Les textes longs, fruits de l'expérience, comportent de nombreuses solutions qui facilitent le travail du praticien, bien loin de le compliquer.

B. — Pays ayant apporté des innovations au système traditionnel de l'immatriculation : Cameroun, Madagascar, Côte d'Ivoire

Le Cameroun.

27. — Le Cameroun poursuit une expérience prudente et nuancée.

Au lendemain de l'Indépendance, la loi camerounaise du 17 juin 1959 sur l'organisation domaniale et foncière avait été promulguée. Le texte ne faisait que démarquer pour le Cameroun le décret du 20 mai 1955 qui concernait l'Afrique occidentale. Tout Camerounais se voyait reconnaître le droit de faire constater ses droits coutumiers à la suite d'une procédure qui aboutissait à la délivrance d'un titre, le livret foncier, doté de la force probante si les droits constatés comportaient droit de disposition et emprise évidente et permanente sur le sol, basée sur une occupation effective du terrain (art. 4).

Ces droits pouvaient être transformés en droit de propriété par la procédure de l'immatriculation.

Mais les demandes d'immatriculation ne furent pas plus nombreuses. L'immatriculation semblait trop rigide pour s'adapter à la mouvance de la coutume et à sa contexture : les frais à exposer, la conception traditionnelle de la propriété du sol collective et inaliénable, l'absence d'intérêt à la délivrance d'un titre écartaient les paysans de la conservation foncière.

Cependant l'intensification des cultures, et surtout des cultures d'exportation, exigeait l'abandon de ces formes archaïques de la tenure du sol. Le partage des terres entre les collectivités, l'isole-

ment tribal, l'absence d'intérêt du maître de la terre dont la redevance est fixée une fois pour toutes par la coutume, constituaient autant de freins à l'extension de la superficie des cultures et à la modernisation de l'agriculture.

C'est à ce problème délicat que le décret loi du 3 janvier 1963, a voulu apporter une solution.

Il entend dégager un vaste domaine national, géré par l'Etat, et, pour ce faire, il réduit la superficie des terres de collectivités tout en sauvegardant la production qui leur est nécessaire. Sur ce domaine national ainsi récupéré, l'Etat camerounais entend ouvrir un vaste champ d'expérimentation pour les techniques modernes qui procurent de hauts rendements, tout en se réservant la possibilité d'étendre les cultures suivant les succès.

On ne peut manquer d'être frappé de l'analogie entre la réforme foncière du Cameroun et celle du Sénégal : dans l'une comme dans l'autre, on retrouve la volonté de constituer un domaine national dégagé des terres de collectivités en vue de l'expérimentation de méthodes de culture modernes, le domaine national du Cameroun, c'est la zone pionnière du Sénégal, et les terres laissées aux collectivités au Cameroun, ce sont les zones de terroir du Sénégal.

Toutefois, une différence fondamentale les sépare : au Cameroun les occupants des terres de collectivités ainsi réduites peuvent parvenir à la propriété par l'immatriculation, tandis que les occupants des zones de terroir au Sénégal n'y parviendront jamais.

Au Cameroun, tout membre d'une collectivité, en effet, a la faculté de demander l'immatriculation de la parcelle qu'il cultive (*infra,* n° 44).

En outre, l'immatriculation conserve au Cameroun un vaste champ d'application, puisqu'indépendamment des terres de collectivités, l'immatriculation des terres du domaine privé de l'Etat est prescrite dans les meilleurs délais, aucune terre domaniale ne peut d'ailleurs être attribuée, en principe, sans immatriculation au nom de l'Etat (art. 4 et 3 du décret du 30 janvier 1964).

Au point de vue technique, des améliorations ont été apportées au régime foncier : suppression du régime du Code civil (art. 22 du décret loi du 9 janvier 1963), à l'instar du Sénégal (*supra,* n° 23) et du Gabon (*infra,* n° 31) ; retour à l'Etat des immeubles immatriculés abandonnés pendant trente ans consécutifs par leurs occupants (art. 1er), c'est l'amorce du rôle social de la propriété dont nous trouvons le développement à Madagascar.

Madagascar.

28. — A Madagascar, un effort législatif sans précédent a été fait depuis l'Indépendance pour améliorer les textes fonciers en tenant compte des critiques dont avait été l'objet la législation antérieure.

C'est que le Malgache a une passion pour sa terre. Elle est révélée et par l'activité particulière de la Chambre d'immatriculation et par certains vocables auxquels les Malgaches sont très attachés : tanin-drazana, la propriété ancestrale, tanindrazana, la terre des pères, la patrie (12) .

Le texte organique a été repris et nombre d'innovations intéressantes ont été apportées par l'ordonnance du 3 octobre 1960 qui a abrogé le décret de base du 4 février 1911.

C'est ainsi que les droits des parties sont désormais en tout état de cause, réservés lors d'une immatriculation, même si, à la suite d'une omission ils n'ont pas été révélés au cours de la procédure qui l'a précédée, que la prescription est reconnue comme mode d'acquisition ou de libération de l'immeuble afin de régulariser les situations de fait prolongées en contradiction avec les mentions du livre foncier, que les obligations à ordre sont instituées en vue de mobiliser le crédit, que la procédure de saisie immobilière et de distribution de deniers font l'objet d'une réglementation plus précise.

Mais la mesure la plus importante qui ait été prise, à coup sûr, est la suppression de l'immatriculation directe des terres dont le principe avait été consacré par la loi malgache du 9 mars 1896, appliquée sans discontinuer pendant plus d'un demi siècle. La loi de 1896 est abrogée (art. 81 de la loi du 15 février 1960). Désormais que les terres proviennent d'une emprise directe de l'occupant ou d'un lot attribué par le fokonolona sur les dotations qu'il a obtenues (art. 31 de la loi du 15 février 1960) les malgaches ne peuvent plus présenter directement une réquisition d'immatriculation, comme ils le faisaient jusqu'alors, il leur faut d'abord obtenir un titre domanial, délivré, après constatation par une commission administrative d'une mise en valeur remontant au moins à dix ans ; au vu de ce titre, le conservateur procède directement à l'immatriculation, sans aucune procédure (art. 59).

L'immatriculation est alors automatique, sous la seule réserve que le terrain ait fait l'objet d'un plan régulier, alors qu'au Cameroun la délivrance du livret foncier permet seulement d'engager la procédure d'immatriculation.

La procédure cadastrale est également supprimée (art. 81) afin d'unifier les règles du régime foncier, en supprimant une source de constatation directe de droits fonciers.

C'est que la procédure d'immatriculation directe avait fait l'objet de critiques nombreuses ; on lui reprochait d'abord son coût élevé (13) on lui avait fait grief encore d'avoir provoqué des

---

(12) Tany signifie terre en malgache, drazana, pères, ancêtres ; le tiret distingue la propriété ancestrale de la patrie. V. Rakotomananjean, *Manuel pratique du Domaine de l'Etat*, 1968, p. 131.

(13) P.V. n° 15, A.N. du 5 novembre 1959 de l'Assemblée nationale malgache.

immatriculations abusives. L'autorité chargée d'immatriculer avait parfois été trompée, en l'absence d'opposition, par les manœuvres de certains qui, se prévalant des dispositions bienveillantes de la loi de 1896, avaient réussi à faire immatriculer en leur nom de vastes terrains, situés loin des centres, sans mise en valeur effective. Enfin bon nombre de malgaches avaient été heurtés par le refus d'admettre le droit à la propriété des anciens esclaves et de leurs descendants sur les terres par eux mises en valeur, selon la jurisprudence interprétative de la loi de 1896.

Une conception plus sociale du droit de propriété s'est fait jour à Madagascar depuis l'Indépendance. La Constitution malgache proclame en effet l'inviolabilité du droit de propriété, mais sous réserve que l'individu s'efforce d'exploiter au mieux de l'intérêt général.

Le principe a trouvé son expression dans l'ordonnance du 1er octobre 1962 qui sanctionne l'abus du droit de propriété en prononçant le transfert à l'Etat, sans indemnité, des propriétés de plus de cinq hectares qui ne sont pas exploitées depuis plus de cinq années, fussent-elles immatriculées. Dans le même esprit, l'occupant d'un terrain inexploité par le propriétaire depuis deux ans au moins peut se maintenir dans les lieux, depuis la loi du 19 décembre 1966 (14).

En réalité, cette conception de la propriété n'est pas récente, elle plonge ses racines dans la coutume ancestrale du droit de propriété chez les Malgaches : le propriétaire du sol n'était protégé qu'à condition qu'il cultive le sol (15).

Au point de vue technique, la loi du 19 décembre 1966 a détaché de l'ordonnance du 3 octobre 1960, la procédure immobilière pour l'intégrer avec quelques additions au nouveau Code de procédure civile où elle est mieux à sa place.

Enfin, une loi du 18 décembre 1967 vient d'instaurer à Madagascar une procédure collective de constatation du droit de propriété, elle est appelée « immatriculation collective ou cadastre ». Mais à la différence de la procédure suivie en Tunisie (*infra*, n° 30), cette procédure n'est pas gratuite.

Les Aires de mise en valeur rurale

En ce qui concerne le domaine privé, les Malgaches ont constitué, eux aussi, un domaine expérimental destiné aux cultures modernes, ce sont les Aires de mise en valeur rurale dites A.M.V.R.

---

(14) Rabemananjean, *op. cit.*, p. 131.

(15) Discours ou kabary du roi Andrianampoinimerina : « Je vais vous distribuer des terres... travaillez le sol qui vous rassasiera... ne permettez pas que les herbes folles envahissent le sol de mon Royaume... Celui qui abandonne un lot de terre pour se porter sur un autre, doit laisser quiconque qui le remplace sur le premier, jouir librement de la totalité des fruits qu'il en tire sous peine de sanctions. »

(ordonnance du 19 septembre 1962), héritières des périmètres de colonisation, et surtout, en dernier lieu des périmètres de mise en valeur.

A la différence des systèmes expérimentaux du Sénégal et du Cameroun, la constitution de ce domaine ne s'opère pas par voie d'autorité, mais en suivant une procédure d'expropriation publique et moyennant indemnité.

Ce domaine particulier peut faire l'objet d'une immatriculation en tant que domaine privé de l'Etat, mais l'exploitant peut également obtenir un titre de propriété définitif lorsqu'il a rempli toutes les obligations mises à sa charge par l'Etat pour obtenir une meilleure exploitation.

Côte d'Ivoire.

29. — Après l'abrogation de l'art. 90 du décret du 26 juillet 1932 qui avait créé un certificat administratif à l'aide duquel les Africains pouvaient demander l'immatriculation de leurs terres, aucune immatriculation directe de terrains non bâtis n'était plus possible en Côte d'Ivoire.

Aussi, les immatriculations se font-elles maintenant au nom de l'Etat qui cède la propriété de ses terres à titre de prime de mise en valeur, conformément aux directives du plan de développement. L'Etat va sans doute immatriculer à son nom les régions intéressant le développement économique, puis procéder à des réattributions après remembrement des droits d'usage pour permettre des exploitations rentables.

La seule initiative prise par la Côte d'Ivoire dans le domaine de l'immatriculation a été en 1964, l'obligation de rédiger les actes sous la forme authentique en matière de transactions immobilières. La tenue des archives laissaient en effet, à désirer, à raison notamment de l'état informe souvent des actes sous seings privés présentés ; par ailleurs, il existe maintenant en Côte d'Ivoire un corps de de notaires suffisamment étoffé pour répondre à la demande (24 notaires), ce qui autorisait la réforme. La mesure prise a déjà porté ses fruits.

Tout récemment, en 1969, la loi des Finances (.O. 29 janvier 1969) a soumis à la publicité obligatoire tous les actes ayant pour effet de modifier les inscriptions dans le délai de trois mois de leur date, à peine d'un droit en sus. Cette mesure est destinée à permettre la mise à jour de registres fonciers (16).

---

(16) La Côte d'Ivoire a également organisé un cadastre (arrêté du 20 avril 1962) qui paraît une belle réussite. L'objectif initial était foncier, puis il est devenu fiscal et intéresse notamment l'impôt foncier, bâti ou non bâti, dans les périmètres urbains.

A Abidjan même il n'existe plus aucune parcelle non immatriculée au cadastre. Toutes les parcelles ont été décrites et expertisées, sol, cons-

III. — Pays ayant adopté l'immatriculation obligatoire

La Tunisie.

30. — Comme le Malgache, le Tunisien aime passionnément sa terre. « Le Tunisien, dit-on, tue pour sa terre et pour sa femme ». C'est donc des motifs d'ordre public qui ont amené le Gouvernement tunisien à prescrire l'immatriculation obligatoire et à faire les frais de l'opération.

L'immatriculation des terres a été rendue obligatoire par le décret-loi du 20 février 1964 qui a prévu un mode progressif d'immatriculation des terres.

La mesure est populaire, car elle permet aux propriétaires d'obtenir des prêts auprès des banques et notamment du Crédit agricole. En outre, elle met fin à de nombreux procès au possessoire, à des actes de dépossession par la violence, à des luttes entre tribus aux premières pluies où il n'est pas rare de voir 300 à 400 inculpations à la fois.

Mais l'effort du gouvernement tunisien ne s'est pas arrêté là. La purge des vestiges du Protectorat a d'abord été opérée par le décret du 24 juin 1957. Puis le procédé de la photocopie du livre foncier a été admis par la loi du 5 août 1959. Une loi du 26 janvier 1958 a interdit la vente à réméré, la vente à livrer avec avance de prix et l'antichrèse qui donnaient lieu à des abus.

Un décret-loi du 21 février 1964 a institué un Tribunal immobilier qui a remplacé le Tribunal mixte, sans objet depuis l'Indépendance. L'article 21 de la loi foncière a donc été modifié. La compétence du Tribunal immobilier est plus étendue que celle du Tribunal mixte puisque non seulement il est juge de l'immatriculation mais qu'en outre il statue sur les difficultés nées postérieurement à l'établissement du titre foncier. Il reçoit même mission, à titre transitoire, soit d'office, soit à la demande de tout intéressé, de procéder à la mise à jour des titres fonciers, d'examiner la situation juridique et matérielle des immeubles immatriculés et de reconstituer la chaîne des mutations dont ils ont fait l'objet ; dans l'accomplissement de cette mission, il lui est conféré les pouvoirs les plus étendus ; la procédure est entièrement gratuite (art. 16 du décret loi).

La Tunisie a voulu ainsi résoudre le problème qui ne lui est pas particulier d'ailleurs (*infra*, n° 40) de la distorsion entre le fait et le droit, c'est une menace sérieuse pour l'institution.

---

tructions et valeurs locatives : 25 000 parcelles, 109 plans de section, 75 000 fiches descriptives de bâtiment.

La dépense a été amortie rapidement, en 6 mois de plus-value d'impôt foncier. Dans cinq autres villes le travail est à peu près terminé. A la fin du programme, il n'y aura plus de terrains urbains non immatriculés.

Enfin un Code des droits réels a été promulgué par la loi du 12 février 1965.

Le Gabon.

31. — Le Gabon a proclamé l'immatriculation obligatoire dans la nouvelle loi foncière du 8 mai 1963. Cette mesure peut surprendre dans un pays d'Afrique où la conception traditionnelle de la tenure du sol n'est pas différente de celle des autres pays d'Afrique noire (*supra,* n° 23). La richesse exceptionnelle du sous-sol et du sol gabonnais, le petit nombre d'habitants, la superficie réduite du Gabon ne sont pas vraisemblablement étrangers à cette mesure.

Une conséquence de cette décision, c'est que le caractère obligatoire de l'immatriculation aboutit à la disparition des tenures selon le Code civil et à l'unification du régime foncier bien que le texte ne soit pas explicite sur ce point.

Le nouveau texte est assez concis, puisqu'il ne comprend que 103 articles, mais il renferme des innovations intéressantes. L'immatriculation est exclusivement judiciaire (art. 24 et s.) ce qui est sage. Les décisions ne sont pas susceptibles d'appel, mais peuvent faire l'objet d'un recours en cassation (art. 27) (17).

A l'instar des régimes prussien, marocain et sénégalais, les conventions ne produisent effet, même entre les parties, qu'à dater de l'inscription (art. 44). Les baux non publiés ne sont opposables aux tiers que pour une durée ne dépassant pas trois ans à partir de l'acte ou de la convention (art. 45), ce qui est une solution contestable (*infra,* n° 229).

L'exigence d'un acte authentique est requise pour les actes à inscrire (art. 48) et il est donné une définition des actes authentiques.

L'ordre de préférence entre les droits établis sur le même immeuble se détermine par l'ordre d'inscription, cependant si des réquisitions constatant des droits exclusifs les uns des autres sont présentées en même temps, le conservateur doit refuser l'inscription (art. 52-53).

Les conventions passées pendant l'immatriculation sont réservées selon le mode calqué sur le dahir marocain (art. 58-59).

L'hypothèque destinée à garantir un prêt pour favoriser la mise en valeur d'une concession peut être inscrite sur un registre spécial tenu par le conservateur (art. 60), mesure qui apporte une solution judicieuse à un problème délicat (*infra,* n° 222).

La prénotation est encore empruntée au régime foncier marocain (art. 61-62).

---

(17) Cette solution n'est pas sans danger à raison de l'importance des intérêts qui peuvent être en cause. Pendant un temps, le droit d'appel avait été limité à Madagascar aux propriétés d'une certaine importance. Très vite, on est revenu à la liberté de l'appel.

Les morcellements et fusions d'immeubles font l'objet d'une réglementation spéciale (art. 71 à 73).

Conclusion

Il n'y a donc pas eu rupture entre le droit antérieur et le système juridique nouveau, si l'on met à part le cas du Sénégal. Tous les pays qui connaissaient le régime de l'immatriculation foncière ont conservé l'institution ; certains même ont étendu son domaine en la rendant obligatoire, bon nombre se sont employés à perfectionner la technique du système ou à l'adapter aux besoins locaux, manifestant leur attachement au régime apporté par la France.

Bien plus, on relève dans certains pays d'Afrique noire et à Madagascar une tendance à valoriser au regard des habitants l'immatriculation, en attribuant au titre la valeur d'une prime à la mise en valeur du sol : la délivrance d'un titre foncier d'immatriculation prend une signification nouvelle. On retrouve ainsi sous une forme plus attrayante, la tentative faite autrefois par la France pour dégager les droits individuels de l'emprise communautaire. Il s'agit là d'une œuvre de longue haleine qui pourra aboutir à la disparition un jour de la tenure traditionnelle et à l'élimination de la gangue des droits collectifs.

Quant au Sénégal, on peut douter que sa tentative d'arrêter le cours de l'histoire, en condamnant la propriété individuelle et avec elle l'immatriculation qui en est le support, puisse être poursuivie très longtemps, avec les confrontations permanentes auxquelles est soumise la tenure traditionnelle non seulement avec l'extérieur, mais à l'intérieur du pays lui-même.

TITRE I

L'IMMATRICULATION

L'immatriculation a pour objet de placer un immeuble sous l'empire du régime des livres fonciers.

Elle est concrétisée par la remise d'un titre définitif et inattaquable qui constitue l'acte de naissance de l'immeuble à la vie juridique, le point de départ de toutes les mutations et constitutions de droits ultérieurs.

Il importe donc que toute immatriculation soit précédée d'une procédure qui permette l'identification certaine de l'immeuble en fixant sa situation matérielle, c'est-à-dire ses limites, avec précision, et sa situation juridique, c'est-à-dire les droits qu'il supporte au moment de l'immatriculation, avec la plus grande exactitude, puisque ces constatations ne pourront plus être discutées.

Cette procédure préalable comporte une large publicité qui donne le moyen aux tiers de faire connaître leurs droits sur l'immeuble.

Les conflits qui peuvent surgir sont alors réglés judiciairement.

La situation de l'immeuble apurée, le bien est alors immatriculé, les conséquences de cette décision sont importantes.

A vrai dire, la règlementation de l'immatriculation n'est pas partout identique, tantôt assez sommaire, tantôt plus détaillée, selon les pays, les effets de l'immatriculation sont aussi plus ou moins radicaux. Le degré d'évolution des habitants, leur psychologie, leurs coutumes, la plus ou moins grande complexité de la situation foncière antérieure exercent leur influence sur la législation. A ces facteurs se joignent encore des considérations économiques, financières, politiques et sociales qui en rompent l'uniformité sans en altérer les principes.

Dans un préambule, il sera traité des caractères du régime foncier de l'immatriculation.

Le chapitre I sera consacré à la procédure préalable à l'immatriculation.

Le chapitre II traitera de l'instance d'immatriculation.

Le chapitre III sera réservé aux effets de l'immatriculation.

PREAMBULE

CARACTERES DU REGIME FONCIER DE L'IMMATRICULATION ET BIENS SUSCEPTIBLES D'ETRE IMMATRICULES

32. — Chaque pays possède en principe un texte foncier particulier. Parfois, cependant, des territoires devenus indépendants ont conservé la législation du groupe auquel ils appartenaient. De cet ensemble il est possible de dégager certains caractères communs à la plupart. Des divergences peuvent cependant résulter de contingences locales.

De même si les biens soumis à l'immatriculation concernent d'une manière générale tous les biens immobiliers, certains biens immobiliers ont posé des problèmes qui n'ont pas toujours été résolus de la même manière dans tous les pays.

Section I

Caractères du régime foncier de l'immatriculation

Le régime foncier de l'immatriculation est en principe facultatif, c'est la règle qui a été le plus généralement adoptée, mais il est irréversible.

I. — Caractère facultatif de la soumission au régime

A. — Le principe

33. — D'une façon générale et à peu d'exceptions près, les différents systèmes fonciers outre-mer posent le principe du carac-

tère facultatif du régime. C'est la solution de l'Act Torrens (*supra*, n° 9) (1) (art. 16).

C'est ainsi que le caractère facultatif du régime foncier est admis au Congo, (art. 7), au Maroc (art. 6) à Madagascar (art. 3), en Afrique occidentale (art. 5).

De nombreuses considérations militent en faveur de cette solution : l'immatriculation est onéreuse, elle exige également de l'Etat des moyens financiers considérables et un personnel technique spécialisé de géomètres nombreux, à moins qu'il n'existe un cadastre à jour, ce qui n'est pas fréquent outre-mer ; des raisons d'ordre politique influent également en faveur de cette solution, la nécessité de respecter certaines coutumes, et certaines conceptions des droits sur le sol, en Afrique noire, mais aussi en Afrique du Nord où le droit de propriété, tel que nous le concevons, n'est pas toujours connu (2).

A ces considérations s'ajoutait aussi du temps de la présence française, la crainte que cette mesure ne soit interprétée comme un acte de spoliation.

Il est ainsi apparu préférable de laisser au temps et à l'expérience le soin de démontrer l'avantage de la loi nouvelle.

L'immatriculation n'est obligatoire que dans quelques pays. En Alsace-Lorraine où ce caractère n'a été imposé que dans les communes où le cadastre avait été renouvelé, en Cochinchine où existait déjà une matrice cadastrale sous la domination anamite, le Dia-Bô, l'extension progressive est prévue à mesure de la création des conservations foncières et de l'exécution du cadastre et du bornage général, parties d'un même plan d'ensemble (art. 1er du décret du 21 juillet 1924), en Syrie, où les arrêtés du 15 mai 1926

---

(1) La Commission extraparlementaire du cadastre avait préconisé pour la France un régime obligatoire afin d'éviter un dualisme de méthode et de tenue de livres à la conservation foncière source de complications de tous ordres : double administration, doubles droits, double série de registres avec accumulation d'archives.

(2) Dumas, président du Tribunal mixte de Tunisie, dans un rapport rédigé en 1909, écrivait pour faire ressortir les difficultés auxquelles se heurtait l'établissement des livres fonciers en Tunisie : « Nous ne sommes pas en France, les héritages ne se présentent pas découpés en damiers, avec des fossés, des haies, des maisons : le cadastre n'existe pas, il n'y a pas d'état civil, il n'y a pas de conservation des hypothèques, l'enregistrement des actes ne remonte guère qu'à une date récente. De vieux titres souvent informes, œuvres de notaires ignorants même de leur langue, des titres récents encore plus suspects, obtenus et souvent achetés de la complaisance de quelques témoins. Voilà pour la preuve. Mais le droit lui-même, quel est-il ? Est-il toujours bien défini ? Est-il seulement toujours né ? Il est des régions où l'on peut se demander si le droit de propriété a fini d'évoluer. Cité par Soulmagnon, *La loi tunisienne du 1er juillet 1885*, p. 44. Ces considérations sont encore plus valables pour l'Afrique Noire où pratiquement en dehors des villes, la propriété foncière individuelle est inconnue, seule existe la propriété collective.

ont créé un cadastre, le régime foncier de l'immatriculation s'étend à mesure que les opérations cadastrales se développent.

La Tunisie, qui jusqu'alors, était le seul pays où l'immatriculation était entièrement facultative, sans exception, vient de décider par décret-loi du 21 février 1964 que l'immatriculation serait désormais obligatoire (*supra*, n° 30). A vrai dire, pour des raisons pratiques et d'ordre financier, l'immatriculation obligatoire est progressive. La priorité est accordée aux terrains ruraux ; elle est précédée d'un recensement cadastral sur toute l'étendue du territoire et du remplacement obligatoire de tous les titres traditionnels par les titres fonciers (art. 2), la procédure cadastrale est entièrement gratuite.

Au Gabon, la loi du 8 mai 1963 vient de décider du caractère obligatoire de l'immatriculation foncière (art. 3). Elle peut être poursuivie d'office par le conservateur à l'expiration d'un délai de trois mois après mise en demeure, disposition qui favorise l'étalement des opérations en fonction du personnel technique et des crédits disponibles.

Conséquences du caractère facultatif du régime foncier

Le caractère facultatif du régime des livres fonciers devrait permettre le retrait de la réquisition à tout moment de la procédure, nous verrons que cette faculté n'est pas partout reconnue au requérant. Par ailleurs l'option laissée aux propriétaires fonciers aboutit à la coexistence de plusieurs tenures foncières sur le sol d'un même pays.

a) Faculté de retrait de la demande d'immatriculation.

34. — Dans le pays où l'immatriculation est encore facultative, la possibilité de retirer la demande d'immatriculation après avoir commencé la procédure, n'est pas toujours admise.

A Madagascar (art. 95), en Afrique occidentale (art. 105) la faculté de retrait est formulée expressément. C'est d'ailleurs la solution logique : le requérant fait l'avance des frais de la procédure ; des raisons d'opportunité, la fragilité du titre découverte en cours de procédure, peuvent l'inciter à abandonner une procédure onéreuse et incertaine.

En Tunisie, la jurisprudence a commencé par accorder le retrait, puis l'a refusé (3) motif pris que cette procédure établie dans l'intérêt général et dont les frais sont supportés en grande partie par l'Etat, intéresse les intervenants. A plus forte raison aujourd'hui serait-elle refusée puisque l'immatriculation est devenue obligatoire.

Au Maroc, la réquisition déposée ne peut plus être retirée et la procédure doit en tout état de cause se poursuivre (4). C'est la

(3) Trib. mixte Tunis, 18 avril 1929.
(4) V. Léris et Minvielle, *La Revue marocaine de Droit*, 1955, p. 444.

solution déjà adoptée par l'Act Torrens. L'immatriculation facultative signifie simplement que les propriétaires sont libres de laisser leurs immeubles sous l'empire du droit musulman et de ne pas requérir l'immatriculation, mais non de retirer leur demande après l'avoir déposée. L'intérêt général veut que la propriété foncière soit clarifiée et apurée dans les meilleurs délais et qu'à ce point de vue la procédure d'immatriculation entreprise soit achevée.

b) Coexistence de plusieurs régimes fonciers.

Une seconde conséquence du caractère facultatif du régime de l'immatriculation est le maintien des autres tenures foncières.

35. — Les propriétés non immatriculées ne sont pas en effet pour autant à la merci des tiers qui voudraient s'en emparer ; ces propriétés restent soumises au droit commun et la preuve peut en être faite par tous moyens, d'après la loi qui leur est applicable (5).

A côté des biens immatriculés, coexistent ainsi les tenures coutumières et les terres détenues selon le Code civil.

En fait, si les premières sont très nombreuses, les terres possédées selon le régime du Code civil sont rares (*infra*, n° 39, note 21), si rares même, que sauf à Dakar et à Saint-Louis, l'autorité administrative n'avait pas cru devoir créer de conservation des hypothèques pour recevoir les actes qui les intéressent. Ainsi, au Maroc, en Afrique noire comme à Madagascar, aucun droit réel ne peut, en principe, être rendu public, hors les livres fonciers (6), ce qui a eu pour conséquence de contraindre les européens propriétaires d'immeubles à provoquer leur immatriculation.

---

(5) C.M., 22 août 1900, Lota, *La propriété foncière*, n° 127 ; C.M., 19 novembre 1902, Dar 1903, 79 ; C.M., 28 mai 1902 ; P. 1903, 205. La Cour d'appel de Tananarive a été cependant jusqu'à qualifier de « biens litigieux » aux termes de l'art. 2023 du Code civil, les immeubles non immatriculés et à interdire en ce qui les concerne à la caution d'invoquer le bénéfice de la discussion parce qu'il existe sur eux le principe « d'un droit contestable », des oppositions pouvant surgir lors de leur immatriculation et restreindre ou même annihiler le droit de propriété (C.M., 9 mars 1938). La doctrine de cet arrêt appelle des réserves, elle perd de vue que le régime de l'immatriculation reste facultatif et aboutit pratiquement à faire perdre le bénéfice de la discussion sur tous les immeubles qui ne sont pas immatriculés, c'est le cas notamment de tous les immeubles situés en France.

(6) A l'origine de l'occupation française, la jurisprudence confondait la conservation des hypothèques et la conservation de la propriété foncière nouvellement instituée pour la tenue des livres fonciers et avait cru pouvoir enjoindre au conservateur de recevoir les inscriptions requises sur les immeubles non immatriculés (C.M., 19 novembre 1902, P. 1903, 94), mais elle est rapidement revenue sur son erreur et considérant l'absence de conservation des hypothèques comme un fait elle en a notamment tiré la conséquence que la conservation du privilège du vendeur par la transcription de l'acte étant rendue impossible, la conclusion s'imposait que le vendeur n'avait plus de droit de suite, mais conservait seulement un droit de préférence au regard des créanciers, C.M., 3 août 1907.

Quoi qu'il en soit, les Etats après l'Indépendance se sont employés à unifier les tenures en prescrivant aux propriétaires d'immeubles détenus selon le Code civil de faire immatriculer leurs immeubles et de mettre fin à une dualité qui était une source de complications. C'est le Cameroun qui le premier en a pris l'initiative par le décret-loi du 3 janvier 1963 (art. 22), puis le Gabon par la loi du 8 mai 1963 a prescrit l'immatriculation obligatoire de tous les immeubles, la Tunisie par le décret-loi du 20 février 1964 a pris la même mesure, le Sénégal enfin par la loi du 17 juin 1964 (art. 4) s'est rallié au même courant.

B) Les exceptions au principe du caractère facultatif

36. — Les pays qui admettent le caractère facultatif de l'immatriculation, prévoient cependant des dérogations à l'occasion de certains transferts :

1) dans le cas de la délivrance d'un titre domanial ;

2) dans le cas où des personnes d'une autre nationalité se rendent acquéreurs de droits immobiliers sur des biens appartenant à des nationaux.

3) Au cas de ventes d'immeubles à la barre des tribunaux.

4) Si un immeuble doit faire pour la première fois l'objet d'un contrat rédigé selon le droit français.

1^er^ cas : Délivrance du titre domanial.

37. — Cette première dérogation existe dans l'Act Torrens. L'immatriculation est obligatoire pour toutes les terres de la Couronne aliénées postérieurement à l'introduction du nouveau régime (art. 16).

Elle se retrouve au Congo (art. 7) au cas de vente ou de concession en pleine propriété de terrains domaniaux ; si le propriétaire ne s'exécute pas, la réquisition d'immatriculation est dans le délai de six mois après la passation de l'acte entre les parties, déposée d'office, aux lieu et place du propriétaire défaillant, par le conservateur de la propriété foncière agissant en qualité de représentant de l'Etat ; en Afrique Occidentale, dans le cas d'aliénation ou de concession de terres domaniales (art. 5), à Madagascar (art. 3) dans le cas de la délivrance d'un titre domanial, au Maroc (art. 6), au cas d'aliénation ou d'échange d'immeubles domaniaux ou d'immeubles frappés de habous publics (7).

L'obligation d'immatriculer avant la remise des terres domaniales tend à garantir l'existence des droits cédés par l'Etat et à

(7) Les habous sont des biens immobilisés par le fondateur musulman et dont la jouissance profite aux catégories de bénéficiaires qu'il désigne. Les habous publics sont gérés par l'administration générale des habous.

prévenir des contestations ultérieures au cas où l'acquéreur ou le concessionnaire serait l'objet de revendications.

La jurisprudence en déduit, à juste titre, que la juridiction de droit commun est incompétente pour connaître d'une action en revendication d'un terrain réputé domanial donné en concession, la procédure d'immatriculation devant être suivie en pareille matière (8), mais qu'elle est compétente lorsque la vente n'a pas porté sur la concession elle-même mais sur les maisons édifiées sur cette concession (9).

2e cas : Acquisition par un étranger.

38. — L'obligation de procéder à l'immatriculation avant de céder un immeuble à un étranger est prescrite en Afrique noire et à Madagascar (10). Par cette mesure, le législateur a voulu prévenir les contestations ultérieures et donner à l'étranger qui souvent vient investir, des garanties d'exploitation paisible en même temps qu'il a voulu protéger le national contre des tentatives de spoliation en exigeant une délimitation précise et définitive de l'immeuble.

La vente d'immeubles non immatriculés par un national à un étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public (11) et le moyen peut être opposé en tout état de cause, même s'il n'a pas été formulé dans la requête introductive. L'acquéreur européen de droits indivis dans un immeuble n'est pas admis pour cette raison à s'opposer à la réquisition d'immatriculation déposée par un des co-propriétaires malgaches (12), pas plus que l'ayant cause européen ne peut former une demande en déguerpissement des occupants d'un terrain en cours d'immatriculation, à la requête d'un malgache (13).

L'inobservation de cette prescription a été toujours sanctionnée avec vigueur par la jurisprudence qui a eu fréquemment à intervenir à cette occasion. La formalité doit précéder l'accord et ce n'est pas l'instrumentum qui est nul, mais la convention elle-même, l'accord des parties devient inexistant (14) ; la jurisprudence en est venue à condamner le procédé tentant à passer avant l'immatriculation un acte ou compromis provisoire à régulariser postérieurement par acte authentique (15) ; l'acte de vente passé avec un malgache devenu citoyen français antérieurement à l'acte (16), la vente est nulle même si elle a été faite au cours de

(8) C.M., 31 janvier 1934.
(9) Dakar, 21 avril 1911, Dar 1911, 231.
(10) Madagascar (art. 3, 2° —) Afrique équatoriale (art. 7), Afrique occidentale (art. 5).
(11) Cass., 27 janvier 1948.
(12) C.M., 19 mai 1945.
(13) C.M., 21 juillet 1926.
(14) Dakar, 25 juillet 1952, P. 1954, 182.
(15) Cass., 14 janvier 1958, Bull. 1958, 25.
(16) C.M., 10 décembre 1912.

l'immatriculation (17), la jurisprudence a même annulé une vente passée entre un Français et un Malgache, bien qu'elle ait été faite « sous réserve d'immatriculation » (18) décision difficilement justifiable puisqu'elle respectait les intentions du législateur.

Cette sévérité n'est pas particulière à Madagascar, au Sénégal aussi le texte a été appliqué avec une grande rigueur. Ainsi ont été annulées des préconventions sous seings privés intéressant la vente de parcelles pour un prix déterminé, alors que des acomptes avaient été versés et qu'il avait été prévu que la vente serait régularisée par acte authentique, dès l'obtention par le vendeur du titre foncier (19).

Cette rigueur, difficilement justifiable, entravait les transactions. La jurisprudence a été amenée à modifier sa position. C'est ainsi que la Cour d'appel de Madagascar, revenant sur sa jurisprumence, a validé une vente réalisée sous réserve d'immatriculation, cette condition impliquant que la vente ne deviendrait définitive que l'orsqu'elle aurait été consacrée par l'immatriculation, en l'absence d'opposition (20), ce qui est l'évidence, mais la question reste entière au cas où les réserves ont été omises.

Une solution législative heureuse vient d'être apportée à Madagascar à ce délicat problème. L'article 3 du nouveau texte dispose en effet : « Dans ce cas (vente par un Malgache à un étranger) l'acquisition sera toujours réputée faite sous condition suspensive d'immatriculation au nom du vendeur, sauf la conservation des droits des acquéreurs à l'égard des tiers par leur intervention régulière à la procédure d'immatriculation. Le contrat devra constater l'origine de la propriété et les titres écrits ou la qualité en vertu desquels le vendeur peut prétendre à l'immatriculation. »

3e cas : ventes publiques d'immeubles.

39. — Cette prescription se retrouve au Maroc (art. 8) en Tunisie (décret du 16 mars 1892), à Madagascar (art. 142 et suiv.), au Congo (art. 86). Toute vente publique d'immeubles qu'il s'agisse d'adjudication sur saisie, de licitation ou de vente de biens de mineurs est nulle si elle n'a pas été précédée de l'immatriculation de l'immeuble. Là encore, le législateur a voulu que les immeubles transmis sous autorité de justice soient à l'abri de toute contestation future. Le texte de l'Afrique occidentale est muet, dans cette hypothèse vraisemblablement à raison de la dualité des régimes fonciers.

En fait, par ces trois dérogations, l'immatriculation est deve-

(17) C.M., 25 janvier 1934, Penant 1936, I, 228 — 15 janvier 1936, P. 1937, I, 31.
(18) C.M., 25 avril 1956.
(19) Civ., 29 décembre 1958, Bull. 1958, I, 473.
(20) C.M., 22 décembre 1958.

nue à peu près obligatoire pour les acquisitions faites par les Européens et elle ne reste facultative que pour les nationaux. Au début de l'installation des Français, en effet, la terre appartenait soit à l'Etat, en tant que biens vacants et sans maître, soit aux autochtones qui l'occupaient, les terres appropriées par les Européens étaient rares (21). Aussi l'origine de presque toutes les acquisitions de terre par les Européens se trouve, soit dans une aliénation ou une concession de terrains domaniaux, soit dans une acquisition faite auprès des propriétaires autochtones, l'une et l'autre source d'immatriculation obligée.

4e *cas :* immeuble devant faire pour la première fois l'objet d'un contrat rédigé selon le droit français.

Ce cas n'est prévu qu'en Afrique occidentale par l'article 5 du décret du 26 juillet 1932, au Cameroun et au Togo.

La formalité doit précéder la passation de l'acte qui consacre l'accord définitif des parties, à peine de nullité de l'acte. Il suffit que l'acte constate l'accord sur la chose vendue et sur le prix (22).

II. — Irréversibilité du régime

40. — La plupart des législations décident que l'admission des immeubles au régime de l'immatriculation est définitive et irrévocable et qu'aucun immeuble ne peut être soustrait au régime de l'immatriculation lorsqu'il l'a adopté (23).

Le retour de l'immeuble à la tenure antérieure aurait pour effet d'effacer les efforts faits et les frais engagés pour l'en faire sortir et clarifier la situation foncière.

En fait, malheureusement, il pèse sur la situation foncière outre-mer une menace de cette nature. Par indifférence, insouciance et aussi ignorance, les propriétaires omettent souvent de faire inscrire leurs titres. La tenue à jour des livres fonciers devient très difficile. Le droit, représenté par les mentions du livre foncier, est alors en désaccord avec le fait, l'occupation des terres, il se crée une propriété morganatique qui compromet l'institution ; les gou-

(21) En Afrique équatoriale, la Mission de Loango et quelques terres de la région de Libreville appartenaient à des Européens. A Madagascar, l'appropriation de la terre par des Européens était inconnue, car avant la loi d'annexion du 9 mars 1896, il était interdit aux Malgaches de vendre leurs biens à des étrangers, situation qui s'était prolongée malgré l'introduction de clauses dérogatoires en faveur des Britanniques et des Français dans les traités de 1865 et de 1868. La seule exception notable se trouvait au Sénégal où les Européens étaient propriétaires des terres selon le Code civil.

(22) Cass., 29 décembre 1958, B., I, p. 473 — 14 janvier 1958, I, p. 26.

(23) Madagascar (art. 6), Afrique occidentale (art. 6), Maroc (art. 1er).

vernements conscients du danger s'efforcent d'y remédier avec plus ou moins de bonheur, soit par la reconnaissance de la prescription comme mode d'acquisition de la propriété, à Madagascar, par exemple, soit par la mission donnée à une juridiction spécialisée de remettre de l'ordre dans les archives foncières, comme en Tunisie (*infra,* n° 312).

Section II

Les biens susceptibles d'être immatriculés

Le régime foncier de l'immatriculation ne s'applique qu'aux fonds de terre de toute nature, bâtis ou non bâtis (Madagascar (art. 4), Afrique occidentale (art. 86). C'est la solution de l'Act Torrens (art. 3).

La législation tunisienne (art. 14) et celle du Congo (art. 6) prévoient l'immatriculation des fonds de terre et des *bâtiments.* L'immatriculation des fonds de terre seule est préférable, la pérennité du terrain la justifie.

L'immatriculation des terres collectives qui occupent outremer la majeure partie de la superficie du territoire, du domaine privé de l'Etat et de certains biens hors du commerce, a posé des problèmes particuliers qui n'ont pas reçu partout la même solution.

1. — Les terres collectives

41. — Les terres collectives sont des terres qui appartiennent à un groupe ethnique ou à un clan ; à la différence de la propriété indivise, les droits des membres de ces collectivités ne sont pas définis pas plus que leur nombre, il suffit pour jouir de ces terres de faire partie de la collectivité. Cette forme d'occupation des terres est très répandue en Afrique et à Madagascar.

C'est un mode d'exploitation du sol qui s'apparente à un droit de jouissance et d'usage. Il diffère assez sensiblement de notre droit de propriété, et ne saurait en principe, faire l'objet d'une immatriculation.

De plus, l'immatriculation suppose des propriétaires nettement identifiés et des droits nettement précisés, condition indispensable à la sûreté des transactions et à la mobilisation des droits fonciers (*infra,* n° 60).

Cependant, on relève dans différents Etats une tendance à consacrer les droits des individus sur les parcelles du domaine communautaire, lorsqu'elles marquent une emprise permanente sur le sol caractérisée par une mise en valeur habituelle ou des constructions. Cette tendance était amorcée du temps de la colonisation.

Tunisie.

42. — Il existe en Tunisie dans le centre et dans le sud des terres de parcours insuffisamment arrosées, cultivées par endroits et par intermittence. Un décret du 13 janvier 1896 déclara ces terres mortes, terre domaniales. Elles furent immatriculées au nom de l'Etat avec inscription sur le titre des droits d'usage des tribus.

Puis un décret du 14 juin 1901 reconnut l'existence de terres de jouissance collectives de tribus et prescrivit leur délimitation, mais il resta lettre morte.

Le Tribunal mixte modifia alors sa jurisprudence et par jugement du 6 mars 1909 décida que ces terres collectives constituaient un domaine spécial, analogue aux terres Arch d'Algérie, distinct du domaine de l'Etat, terres mortes du droit musulman et rejeta l'immatriculation au nom de l'Etat, sans pour autant les immatriculer au nom des tribus, en l'absence de titre privatif. Enfin un décret de 1935 a décidé que ces terres collectives étaient biens de tribus et non de l'Etat et pouvaient faire l'objet de réquisitions introduites par les conseils de tutelle. Les travaux de délimitation de ces terres sont en cours.

Madagascar.

43. — A Madagascar, la propriété collective est l'apanage des fokonolona, collectivité traditionnelle malgache constituée par les habitants d'un village ou de partie d'un village ayant des intérêts communs. On la retrouve aussi dans la famille malgache étendue réunie autour de la terre ou du tombeau ancestral.

Un arrêt isolé et erroné, en date du 18 septembre 1907, avait admis la possibilité d'immatriculer la propriété d'un terrain au non d'un fokonolona, alors que l'existence d'une propriété collective est incompatible avec le régime de l'immatriculation.

En fait, les habitants du village ont un droit d'usage sur les terres collectives du village sous le contrôle du chef de village et de son conseil. C'est dans ces conditions que pour dissiper toute équivoque un décret du 9 mars 1902 (art. 20) avait permis au fokonolona de requérir au nom de l'Etat, l'immatriculation des terres occupées par eux, mais seulement pour faire reconnaître leurs droits d'usage.

Puis le décret du 28 septembre 1926 avait reconnu à chaque membre du fokonolona le droit de faire immatriculer la terre qui lui était attribuée en pleine propriété.

Après l'Indépendance, la loi du 15 février 1960, modifiée par la loi du 20 septembre 1962, a reconnu aux communes ou collectivités traditionnelles possédant la personnalité morale, lorsque ses habitants exercent collectivement des droits de jouissance sur des terrains, le droit de demander des terrains non pas en propriété, mais en dotation (art. 31), le terme marque l'idée d'une affectation.

Ces dotations sont assorties de conditions qui peuvent entraîner la réduction ou la suppression de cette dotation.

Le conseil de la collectivité détermine les biens dont l'usage doit rester collectif et répartit les autres aux habitants, en tenant compte de leurs besoins, de l'importance et des possibilités d'exploitation de chaque famille ; les limites sont matérialisées et les lots attribués sous réserve de mise en valeur. En Afrique, c'était le chef de terre qui était chargé autrefois de cette répartition, contre une redevance, qui n'est pas versée à Madagascar.

Les allocataires peuvent obtenir la délivrance d'un titre de propriété définitif lorsqu'ils ont procédé à la mise en valeur requise, ce titre visé par le sous-préfet permet l'aliénation et peut être immatriculé directement (art. 59).

Ainsi des droits traditionnellement collectifs sont admis par une évolution nuancée à se dégager de l'emprise communautaire au profit de l'exploitant du sol, et il est possible qu'un jour la tenure traditionnelle soit appelée à disparaître à Madagascar.

La même constatation peut être faite au Cameroun.

Le Cameroun.

44. — Les terres collectives occupaient au Cameroun plus de 90 % de la superficie du pays. Le décret-loi du 9 janvier 1963 a réduit la superficie des terres collectives aux besoins réels des collectivités qui en jouissent, en tenant compte de leur développement démographique et des progrès techniques, 30 à 40 % des terres collectives sont ainsi revenues au domaine national.

Comme à Madagascar, les membres de la collectivité peuvent parvenir à l'immatriculation des parcelles qu'ils cultivent (art. 5 du décret-loi du 9 janvier 1963). Cette faculté existait déjà du temps de la colonisation, mais la procédure était alors judiciaire (24). Depuis l'Indépendance, l'accent est mis sur la mise en valeur, préoccupation majeure des pays sous développés, aussi est-ce à une procédure administrative que le gouvernement camerounais a eu recours. C'est le secrétaire d'Etat chargé des Domaines qui se prononce sur le bien-fondé de la requête, après enquête sur place par une commission de constat, présidée par un administrateur et composée de techniciens (décret du 25 novembre 1966). Le secrétaire d'Etat prend un arrêté de recevabilité ou de rejet. Si la requête est admise l'arrêté est transmis au conservateur compétent pour la suite de la procédure d'immatriculation (art. 10 de l'arrêté du 30 novembre 1966).

Cette procédure marque le souci du gouvernement camerounais de s'assurer du sérieux de la mise en valeur du terrain avant de délivrer le titre de propriété, mais il faut reconnaître qu'elle

(24) Décret du 21 juillet 1932.

n'offre pas pour les droits individuels, les garanties d'une procédure judiciaire, puisque la décision finale appartient à un membre du gouvernement.

Seules, les terres immatriculées peuvent faire l'objet d'aliénation (art. 5) (25).

Sénégal.

45. — Les terres collectives occupent aussi au Sénégal 99 % de la superficie du pays. Elles ont été réduites, sous le contrôle de l'Etat, par la loi du 17 juin 1964, aux zones de terroir correspondant aux terres qui sont régulièrement exploitées, terres de cultures, de jachères, de pâturages et de parcours et les boisements utilisés ainsi que les terres en friche jugées nécessaires à l'extension (art. 7). Leur ressort doit permettre le fonctionnement correct d'une coopérative agricole (art. 2 et 3 du décret d'application du 30 juillet 1964).

Ces zones de terroir sont administrées par un conseil rural et leur exploitation ne mène jamais à l'immatriculation ainsi que nous l'avons vu (voir *supra* n° 24).

2. — Le domaine immobilier privé de l'Etat

Composition.

46. — En Afrique noire, à la veille de l'Indépendance, le décret du 20 mai 1955 avait réduit le domaine privé de l'Etat et des collectivités publiques aux seuls biens et droits immobiliers détenus par ces personnes morales, dans les formes et conditions prévues par le Code civil ou le régime de l'immatriculation et tous les droits fonciers coutumiers étaient confirmés par l'article 3 de ce texte. La domaniabilité d'un immeuble quelconque devait être établie par titres, à l'exclusion de toute présomption de propriété sur les terres non occupées.

Mais après l'Indépendance, un mouvement en sens inverse s'est opéré en faveur de l'élargissement du domaine national. Les Etats africains voulurent se constituer un vaste domaine qui pourrait leur servir de champ d'expérience en utilisant les méthodes les plus modernes pour accroître le rendement des terres.

Le Sénégal et le Cameroun décidèrent donc d'amputer les terres de collectivités à cette fin en limitant ces zones aux terres réellement mises en valeur et aux besoins des exploitants.

Le Sénégal décide cependant que ces terres de collectivités dites « zones de terroirs » feraient partie du domaine national par appli-

(25) Circ. du garde des Sceaux du 5 novembre 1968 rappelant les notaires à l'observation du texte en ce qui concerne les ventes de terrains sous condition d'immatriculation.

cation des principes socialistes sur le sol ; ce qui permet à l'Etat sénégalais de requérir l'immatriculation de ces terres pour la réalisation d'opérations déclarées d'utilité publique (art. 13 de la loi du 17 juin 1964).

Les terres récupérées dites « zones pionnières » au Sénégal sont mises en valeur dans les conditions fixées par les plans de développement et les programmes d'aménagements. Des portions peuvent être affectées par décret, soit à des communautés, soit à des associations coopératives (art. 11 de la loi).

Les terres du domaine national ne peuvent être immatriculées qu'au nom de l'Etat (art. 3).

Au Cameroun, les terres qui sont laissées aux collectivités ne font pas partie du domaine national à la différence du Sénégal. Par contre, les terres récupérées sont remises dans le domaine national et constituent le patrimoine collectif national (art. 26 de la loi du 9 janvier 1963). Ce patrimoine est géré par l'Etat en fonction des objectifs nationaux du développement économique et social (art. 26). Dans ce but l'Etat redistribue ce patrimoine sous forme de concessions.

A Madagascar, l'Indépendance n'a pas provoqué dans la constitution du domaine immobilier national de perturbation sensible. L'Etat est toujours présumé propriétaire des terrains non immatriculés ou cadastrés en vertu de titres réguliers de concession ou selon les règles de droit commun (art. 11 de la loi du 15 février 1960) et la possibilité de combattre cette présomption par la démonstration d'une mise en valeur subsiste pour les particuliers à condition qu'elle puisse être sanctionnée par la délivrance d'un titre domanial (art. 11 et 18).

Immatriculation du domaine privé.

47. — L'immatriculation du domaine privé de l'Etat n'a jamais été contestée en son principe puisque le domaine privé national s'entend des biens susceptibles de propriété privée qui appartiennent à l'Etat. L'Etat français avait d'ailleurs du temps de la colonisation prescrit l'immatriculation de tous les immeubles domaniaux, même de ceux détenus jusqu'alors selon le Code civil (26). Par cette mesure, l'Etat entendait garantir les immeubles domaniaux contre toute revendication en en fixant les limites d'une manière définitive. Cet objectif ne pouvait être atteint que par l'immatriculation.

Les Etats qui ont accédé à l'Indépendance ont compris l'avantage qu'ils pouvaient retirer de l'immatriculation, même ceux qui ont condamné l'institution comme consacrant un droit dont ils ne voulaient pas. C'est ainsi qu'au Sénégal, l'immatriculation par

(26) Circ. ministérielle n° 7110 du 12 septembre 1957.

l'Etat des terres du domaine national constituant des territoires ou des zones pionnières pour la réalisation de travaux d'intérêt public est prévue (art. 13 de la loi du 17 juin 1964).

Au Cameroun, le texte est plus impératif encore : l'article 4 de la loi du 3 juin 1963 prescrit de procéder dans les meilleurs délais à l'immatriculation des terres du domaine. Aucun terrain domanial ne peut être attribué sous quelque forme que ce soit sans son immatriculation préalable au nom de l'Etat (art. 3).

Si le principe de la possibilité d'immatriculer le domaine immobilier pour l'Etat n'a jamais été discuté, il n'en est pas de même de l'assiette même de ce domaine. La délimitation du domaine de l'Etat a été l'objet d'une législation propre à chaque pays et les revendications des particuliers contre l'Etat ont occupé la majeure partie de l'activité des juridictions spécialisées outremer, en particulier à Madagascar (*infra* n° 66 et suiv.).

3. — Biens hors du commerce

48. — En principe les biens hors du commerce ne doivent pas être immatriculés. Le régime des livres fonciers n'intéresse que les biens destinés à la circulation, il vise à la mobilisation de la propriété foncière, il ne peut donc concerner les biens inaliénables, tels les biens du domaine public ou certains biens de nature particulière appartenant à des personnes privées, tombeaux à Madagascar, habous en Afrique du Nord.

a) Le domaine public.

49. — Le domaine public est inaliénable. L'immatriculation du domaine public ne présente donc pas en principe d'intérêt puisqu'il ne peut être approprié.

Cependant la délimitation du domaine public n'est pas toujours nette sur le terrain. Il en résulte que des particuliers peuvent revendiquer des biens qui font partie du domaine public et que des biens du domaine public peuvent être immatriculés à leur nom, d'autre part l'incertitude même des limites du domaine public peut amener la puissance publique à envisager de les préciser à l'aide de la procédure d'immatriculation.

Immatriculation du domaine public par les personnes privées

50. — Aucune parcelle du domaine public ne saurait faire l'objet d'une demande d'immatriculation de la part d'un particulier. Certaines législations ont pris soin de préciser, ce qui allait de soi, que, si les portions du domaine public sont englobées dans un immeuble immatriculé, elle ne perdent pas pour autant leur carac-

tère, indépendamment de toute souscription et de toute réserve (27). C'est là une des rares dérogations faites au caractère définitif et inattaquable du titre foncier (28). Il en résulte qu'en cette matière les oppositions de l'administration peuvent être tardives sans qu'on puisse leur objecter la forclusion (29).

Néanmoins, de nombreuses demandes d'immatriculation de biens du domaine public ont été présentées à raison de l'incertitude fréquente des limites du domaine public ; chaque fois que le caractère domanial de l'objet de la demande s'est révélé, la demande a été rejetée.

Il en a été ainsi en particulier à Madagascar :

des digues et des canaux qui font partie du domaine public, ainsi une propriété constituée dans toute son étendue par des terrains formant les bords d'un canal enserré entre des digues (30) ;

des fleuves, des rivières et des lacs et étangs (31) ;

des voies publiques de toute nature ; il en est ainsi notamment d'une voie privée aménagée en dépendance du domaine public, en l'espèce d'un sentier privé utilisé par le public (32).

Il arrive souvent qu'au cours d'une procédure d'immatriculation, le géomètre relève lors du bornage l'existence de chemins, de cours d'eau ou de source d'importance relative, en l'absence d'opposition de l'Etat, le tribunal d'immatriculation a tendance à passer outre et à ordonner l'immatriculation du tout, ce qui oblige l'administration à recourir à une procédure compliquée et coûteuse pour faire distraire les parcelles relevant du domaine public.

Pour prévenir ces difficultés, l'ordonnance du 3 octobre 1960 sur le régime foncier à Madagascar (mod. par l'ordonnance du 19 septembre 1962) oblige le géomètre à distraire *d'office* au cours de ses opérations, les dépendances du domaine public englobées dans une propriété à borner (routes, chemins publics, cours d'eau, canaux publics, etc.) Cette solution simple et pratique avait déjà été préconisée (33).

Immatriculation du domaine public par l'administration

51. — Une première opinion rejette l'immatriculation du domaine public par la puissance publique. Le régime de l'immatriculation ne concerne que le régime de la propriété foncière privée puisqu'elle a pour but de donner aux titulaires un titre certain qui leur permette de mobiliser leur propriété et de faciliter les

(27) Tunisie, art. 42 et Madagascar, art. 4.

(28) Tunis, 19 février 1894, V. Pandectes, *Propriété*, nos 2152 et suiv.

(29) Tunis, 26 juillet 1897, J.T. 97, 4, 36 et 11 février 1907. V. Soulmagnon, *La propriété immobilière*, n° 131.

(30) C.M., 1er mai 1912, Dar 1913, 152 ; rejet de la demande d'immatriculation des bords du canal de la Mamba.

(31) C.M., 22 avril 1914.

(32) C.M., 11 juin 1941.

(33) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 134, p. 111.

transactions sur les immeubles, objet manifestement étranger à la domanialité publique. Cette thèse a prévalu en Afrique occidentale (34), en Tunisie, en Afrique équatoriale (35), à Madagascar jusqu'en 1911 (36) et au Maroc (37).

Cette doctrine est à coup sûr la plus juridique. L'immatriculation foncière a pour but de garantir aux titulaires les droits réels qu'ils possèdent sur les immeubles, or la notion de droits réels est difficilement conciliable avec la domanialité publique. La Cour de cassation estime qu'elle y est étrangère. Un argument de texte peut être trouvé dans les dispositions des lois foncières (citées au n° 50 ci-dessus) : si les portions du domaine public englobées dans un immeuble immatriculé n'en perdent pas pour autant leur caractère, c'est que le législateur semble bien exclure le domaine public de la réglementation.

Cependant, des raisons pratiques incitent à décider le contraire. La mobilisation des biens immatriculés n'est pas le seul profit à retirer de l'immatriculation, cette procédure offre encore l'avantage d'asseoir les limites de l'immeuble sur des bases définitives et inattaquables. La pratique enseigne que la nature et les limites de certains biens peuvent demeurer incertaines, il en est ainsi de chemins, de pistes, de petits cours d'eau, d'oued (38). Lorsque le domaine public n'est pas délimité, provision reste due au titre foncier et notamment un référé peut le faire respecter (39).

En Tunisie, l'administration se borne à l'occasion d'une immatriculation à émettre des réserves, souvent vagues, à titre indicatif, et le Tribunal est souvent obligé de passer outre à l'immatriculation dans le cas où le requérant avait empiété sur la voie publique ou sur la rive des lacs et des cours d'eau, sauf à l'administration à agir par la suite par voie de distraction.

Ces considérations avaient amené un revirement de la jurisprudence malgache à la faveur de la promulgation d'un nouveau texte foncier, le décret du 4 février 1911 qui, en son article 136 prévoyait que l'immeuble immatriculé pouvait être par une inscription d'une manière absolue ou relative, temporairement ou définitivement mis hors du commerce, dispositions qui ont été reprises dans l'article 40 du décret du 23 décembre 1960.

La jurisprudence de Madagascar admet, par application de ces dispositions, la recevabilité des demandes d'immatriculation d'immeubles du domaine public présentées par des personnes morales

(34) Dakar, 18 février 1916, Dar 1916, 152 ; Pen. 139.
(35) Brazzaville, 21 mars 1930, Dar 1930, 16.
(36) C.M., 14 septembre 1904, Pen. 1905, 165 ; Dar 1905, 123.
(37) Rabat, 16 juillet 1923, II, 188.
(38) Sur l'intérêt de l'Etat à demander l'immatriculation en matière de domaine public artificiel voir Dareste, 1916, III, 134 et la note.
(39) Rabat, 5 avril 1941, XI, 157, notamment lorsqu'il s'agit de pistes et de chemins publics.

de droit public : Etat, commune ou tout organisme doué de la personnalité morale (40).

La procédure engagée a pour but de purger les droits des tiers au cas de déclassement et surtout de délimiter définitivement les biens de la personne morale requérante. L'intérêt pratique est donc considérable. Pour les pays qui ne possèdent pas de texte semblable, on peut soutenir qu'aucun texte n'interdit expressément l'immatriculation des biens hors du commerce.

b) Les tombeaux malgaches.

52. — Les tombeaux revêtent à Madagascar une importance considérable, car ils se rattachent aux cultes des ancêtres. Pour le Malgache, les morts sont des êtres sacrés, des divinités qui surveillent et protègent la famille. « C'est une religion nationale. »Aussi la terre sur laquelle est construite le tombeau est inaliénable et celui qui tente de la vendre, en perd la propriété (art. 128 du code des 305 articles).

Antérieurement au décret du 4 février 1911, la jurisprudence rejetait les demandes d'immatriculation des tombeaux (41). Puis le décret de 1911 en son article 4 a admis le principe de leur immatriculation. Ce principe devait être repris par le décret du 6 mai 1916 qui est venu préciser les droits des Malgaches sur leurs tombeaux afin de mettre un terme à d'interminables querelles. Les tombeaux sont inaliénables et imprescriptibles et leur affectation reste régie quant à son immuabilité par ces règles et cela indépendamment de toute inscription. M. Thébault a fait remarquer justement qu'en maintenant les droits des Malgaches sur les tombeaux sis sur des propriétés immatriculées au profit des tiers, en l'absence même de toute inscription, le décret de 1916 apporte un dérogation notable au grand principe de la publicité obligatoire de tous les droits réels existant sur un immeuble immatriculé (42). « Les principes les plus essentiels de l'immatriculation cèdent ici devant la loi coutumière. La publicité monumentale remplace ici la publicité scripturale. » Il y a quelque chose d'analogue à la dispense de publicité prévue par l'art. 22 pour les servitudes naturelles et légales, la publicité résulte de l'état des lieux.

Le texte du décret du 8 mai 1916 a été englobé dans l'article 4 de l'ordonnance du 3 octobre 1960.

Si l'inaliénabilité du tombeau est absolue à partir du jour où les morts sont inhumés et tant qu'ils y restent, il n'en est pas de même de la propriété qui en dépend et qui entoure le tombeau ancestral, les ayants droit ont la possibilité d'en disposer (43).

---

(40) Lota, *La propriété foncière à Madagascar*, p. 181.
(41) C.M., 14 septembre 1904, Pen. 1905, 165.
(42) Thébault, *Traité de droit civil Malgache*, II, p. 305.
(43) C.M., 12 novembre 1913 et voir Thébault, *op. cit.*, II, n° 212.

La preuve de la propriété des tombeaux

53. — Les requérants peuvent établir leurs droits de propriété sur les tombeaux par la production d'actes régulièrement enregistrés.

La propriété d'un tombeau fait, en général, présumer la propriété du sol sur lequel il est édifié. Cette présomption peut cependant être détruite par des circonstances particulières. L'inaliénabilité des tombeaux à Madagascar implique le droit d'accès et de passage sur les terrains les entourant en cas d'enclave, par les membres de la famille des personnes qui y sont enterrées (art. 128 du code des 305 articles). Il s'établit ainsi à leur profit une servitude légale de passage grevant le fonds englobant les tombeaux, à exercer sur le point le plus rapproché de la voie publique (44). Mais l'existence du tombeau ne fait nullement obstacle à l'immatriculation du terrain au nom d'un tiers, sous réserve de l'exercice de cette servitude (45).

Les cimetières malgaches

54. — Les cimetières composés de tombeaux appartenant à une même famille peuvent faire l'objet d'une immatriculation, à condition que le cimetière ait été de tout temps affecté exclusivement à la sépulture des membres de la famille au sens restreint du mot, c'est-à-dire aux personnes unies par les liens du sang ou d'alliance (46).

La simple autorisation donnée à des tiers d'ensevelir leurs morts dans le cimetière, droit de sépulture qui se rapproche du droit de « lohoha » existant en Emyrne et assimilable à un droit réel, ne permet pas à la famille de requérir l'immatriculation (47).

Au Maroc, le terrain qui sert de cimetière à des familles musulmanes depuis de longues années a, comme à Madagascar, un caractère sacré, mais il ne semble pas jouir de la protection légale puisque l'on admet seulement les parents des morts à intervenir par voie d'opposition à la procédure d'immatriculation pour faire connaître le caractère de habou privé dudit terrain (48).

Les habous

55. — Les habous sont des biens immobilisés par le fondateur musulman et dont la jouissance profite aux catégories de béné-

(44) Tamatave, 20 août 1924, Pen. 1924, 81.
(45) C.M., n° 125 du 16 avril 1961.
(46) C.M., 19 mai 1943.
C.M., 29 octobre 1913.
(47) C.M., 9 juin 1915 ; C.M., 4 mars 1915, Pen. 1915, 254.
(48) Rabat, 31 octobre 1928, 116.

ficiaires qu'il désigne. Il existe des habous publics gérés par l'administration générale des habous, et des habous privés sur lesquels cette même administration exerce un droit de surveillance. Les habous restent soumis aux lois, règlements spéciaux et coutumes musulmanes qui les régissent.

Le caractère essentiel du habou est son inaliénabilité, ce qui a fait douter de la possibilité de l'immatriculer (49). En fait, de très nombreuses propriétés habous ont été immatriculées et des immeubles immatriculés ont été constitués en habous en Tunisie. L'immatriculation est prononcée et le titre établi au nom de la fondation constituée et non pas au nom des dévolutaires actuels. Il suffit que le titre fasse connaître le mode de dévolution et l'œuvre pieuse à laquelle l'immeuble est en fin de compte destiné .

Cette situation de fait a fini par être régularisée en Tunisie par le décret du 28 mars 1942, modifiant l'article 22 de la loi foncière. Ce texte a de nouveau été modifié par le décret du 24 juin 1957 qui autorise le dévolutaire ou le Mokadden au nom d'une fondation habous privés, oul'administration des habous au nom d'une fondation habou public ou de Zaouias, à requérir l'immatriculation.

(49) Lescure, *Le double régime foncier de Tunisie*, p. 307 et suiv.

CHAPITRE I

LA PROCEDURE PREPARATOIRE A L'IMMATRICULATION

Avant d'immatriculer un immeuble, il est nécessaire de s'assurer de ses limites exactes et de la réalité des droits revendiqués. Il faut prévenir les appropriations illégitimes, en particulier, les empiètements irréguliers qui sont courants en ce domaine, il faut aussi prévenir l'omission de droits réguliers pour empêcher leur anéantissement. Cette vérification s'impose avec d'autant plus de rigueur que le titre délivré est définitif et inattaquable.

C'est le rôle dévolu à la procédure qui précède l'immatriculation. Elle permet aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble de les faire connaître. Le titre foncier n'est remis qu'en fonction de ses résultats.

On pourrait penser que cette procédure très particulière est partout la même. En fait, il n'en est rien.

C'est que la réalisation de l'objectif envisagé pose un problème délicat : une procédure minutieuse, mais longue et onéreuse, offre pour les tiers le maximum de garantie, mais elle risque de décourager les propriétaires, par contre, une procédure simple et expéditive, risque d'être insuffisante et de léser des intérêts légitimes, des procédures d'immatriculation collective telle celles instituées en Tunisie par la loi 20 février 1964 ou à Madagascar par la loi du 18 décembre 1967, ne sont pas à cet égard sans danger.

Un conflit est ainsi ouvert entre l'intérêt général qui réclame une clarification rapide de la situation foncière et l'intérêt particulier qui n'entend pas que cet assainissement s'obtienne au détriment de ses droits. Selon le choix qui est fait les procédures suivies diffèrent. L'option est liée le plus souvent à des considérations d'ordre politique et social.

D'une manière générale, la procédure débute par le dépôt d'une

demande, appelée réquisition d'immatriculation, dans laquelle le requérant précise les limites et la consistance de son immeuble ainsi que l'étendue des droits qui peuvent le grever. Toutefois cette demande n'est plus requise lorsque la procédure d'immatriculation affecte un caractère collectif, ainsi pour la Tunisie, les opérations débutent par un arrêté ouvrant les opérations cadastrales (art. 3 de la loi de 1964), de même à Madagascar, c'est un arrêté qui fixe le jour des opérations de délimitation d'ensemble (art. 1 du décret du 21 mars 1968).

Cette réquisition fait l'objet d'une publicité destinée à révéler les oppositions ou les réclamations que la demande peut susciter.

Section I

La demande d'immatriculation

La demande d'immatriculation est déposée par le requérant.

Elle doit satisfaire à certaines conditions de formes, un plan doit être en principe annexé, ainsi que les titres de propriété du requérant.

I. — Le requérant

56. — Les textes fonciers énumèrent limitativement les personnes qui ont qualité pour requérir l'immatriculation (1). Ce sont :

1° Le propriétaire ;

2° Le copropriétaire ;

3° Les détenteurs de droits réels énumérés par les textes fonciers, en principe : usufruit, usages et habitation, emphythéose, antichrèse et superficie, privilège et hypothèques (2) ; mais le consentement du propriétaire est requis en Afrique noire et à Madagascar. La demande doit être introduite au nom du propriétaire, car l'on ne saurait immatriculer un autre droit que le droit de propriété. Au Maroc, le consentement du propriétaire est requis pour l'immatriculation par le créancier hypothécaire et le détenteur de servitudes foncières.

Toutes les législations admettent la faculté pour le créancier poursuivant de faire procéder à l'immatriculation de l'immeuble saisi ;

4° Le tuteur ou le curateur d'un incapable a également qualité

(1) Madagascar (art. 83), Afrique occidentale (art. 84), Afrique équatoriale (art. 8), Tunisie (art. 22), Maroc (art. 10 et suiv.).

(2) En Tunisie, la loi foncière ajoutait l'Enzel, ou propriété foncière grévée d'une rente perpétuelle, le Kirar et leurs rentes. Mais l'art. 191 du Code des droits réels a interdit ces contrats ainsi que l'emphytéose et toute constitution d'un droit de superficie, à raison de leur caractère généralement usuraire (loi du 12 février 1965).

pour requérir l'immatriculation de l'immeuble au nom de son pupille, au Maroc (art. 12), en Afrique occidentale (art. 84) et à Madagascar (art. 83). Il faut l'admettre en Tunisie par application des principes généraux (*infra* n° 57).

Il y a lieu de rappeler la faculté pour l'acquéreur étranger d'un immeuble appartenant à un Malgache de provoquer l'immatriculation du bien acheté sous condition suspensive (*supra,* n°38).

Le propriétaire :

57. — Le propriétaire peut requérir l'immatriculation, alors même que sa capacité est restreinte aux seuls actes d'administration. Certains textes à Madagascar et en Afrique occidentale prennent même le soin de le préciser. Il faut voir là l'application d'un principe général, car l'immatriculation n'implique, en effet, aucun acte de disposition, ce n'est pas une action pétitoire, c'est une mesure essentiellement conservatoire et qui n'a pour objet que la constatation de droits préexistants, en cas de rejet, les droits de l'incapable sont sauvegardés.

Le propriétaire sous condition résolutoire est admis à requérir l'immatriculation, car il est propriétaire. Ainsi l'acquéreur à réméré peut faire immatriculer l'immeuble acheté et le vendeur doit intervenir alors dans la procédure pour faire inscrire son droit (3).

Par contre le propriétaire sous condition suspensive, dont les droits de propriété sont incertains et qui ne possède qu'une simple expectative ne peut requérir l'immatriculation.

La question s'est fréquemment posée à l'occasion des concessions accordées sous condition de mise en valeur (*infra,* n° 222).

A Madagascar, la difficulté a été résolue par l'article 57 de la loi du 15 février 1960 sur le domaine national. Les titres provisoires de concession domaniale sont déclarés translatifs de propriété sous condition résolutoire, mais le duplicata du titre foncier d'immatriculation n'est remis au concessionnaire qu'après délivrance du titre définitif.

Le titre foncier est établi d'office au nom de l'Etat aux frais du concessionnaire avec mention des droits de l'intéressé (art. 63 du décret du 24 septembre 1964).

Le copropriétaire :

58. — En Tunisie et au Maroc, le copropriétaire peut requérir l'immatriculation de son immeuble sans le consentement des autres copropriétaires, alors que partout ailleurs ce consentement est requis. La première solution est plus favorable à l'immatri-

(3) C.M., 3 juin 1942.

culation, la seconde est plus juste, car la procédure entraîne des frais et d'autre part n'est pas sans danger, car elle peut aboutir à une éviction totale ou partielle. Un palliatif est offert en Tunisie aux autres copropriétaires et co-enzelistes, ils peuvent demander par voie d'opposition qu'il soit sursis à l'immatriculation jusqu'à ce qu'ils aient fait procéder au partage ou à la liquidation des droits indivis (*infra*, n° 60).

La réquisition déposée par un indivisaire, sans l'accord des autres, est donc irrecevable (4), sauf en Afrique du Nord. Il en est ainsi même si l'un des indivisaires est introuvable et quand même il serait offert de laisser en suspens la part revenant à l'absent, un partage d'office ne pouvant être ordonné par la juridiction d'immatriculation, sans qualité pour le faire (5).

Cas particulier des anciens esclaves à Madagascar :

59. — A Madagascar, par application de la jurisprudence qui entendait que les Malgaches établissent leur possession à une époque qui remontait antérieurement à la loi malgache du 9 mars 1896 pour obtenir un titre de propriété, les anciens esclaves ou leurs descendants n'avaient pas le droit de requérir l'immatriculation de l'immeuble sur lequel eux ou leurs auteurs s'étaient établis avec l'autorisation de leurs maîtres. Nous verrons plus loin tout ce qu'il faut penser de cette jurisprudence, (*infra*, n° 67) qui pour une bonne part, a contribué à discréditer la loi du 1896 et comment il aurait pu y être remédié.

L'esclave appartenant à autrui et ne pouvant rien posséder, ne pouvait en cultivant pour lui-même un terrain appartenant au maître parvenir à la propriété de ce terrain, sa possession était précaire et même les constructions qu'il avait pu édifier appartenaient de plein droit au maître, propriétaire de ses biens comme de sa personne. La jurisprudence a toujours appliqué le principe.

Bien plus, il arrivait que le maître autorise ses anciens esclaves libérés à cultiver la terre, à bâtir des maisons sur sa propriété qu'ils ne voulaient pas abandonner, mais il s'agissait là d'une occupation précaire et révocable qui ne pouvait conduire à la propriété (6).

Néanmoins, la jurisprudence s'est toujours efforcée d'adoucir le sort de l'ancien esclave et de sa descendance. Elle a admis que le

(4) C.M., 25 février 1959-24 juin 1959. La même règle est suivie au Togo ; T.S.A., 24 novembre 1960.

(5) C.M., 27 juin 1956. Le créancier d'un indivisaire ne peut non plus requérir l'immatriculation de l'immeuble au nom de son débiteur, car il ne peut exercer plus de droit que ce dernier et celui-ci ne saurait obtenir l'immatriculation sans le consentement des autres. C.M., 10 février 1960.

(6) C.M., 9 juillet 1913 ; C.M., 30 janvier 1935.

descendant de l'esclave puisse prouver qu'il avait été affranchi (7), à la limite, un arrêt a décidé que toutes les conventions étaient possibles entre le maître et l'esclave, le propriétaire s'attachant à adoucir le plus possible la condition de ce dernier, notamment à l'aide de donation et que dans ces conditions un ancien esclave pouvait être reçu à prouver qu'il a bénéficié d'une donation de cette nature (8). Plus récemment, un arrêt a admis que les droits d'usage de l'esclave sur les terres pouvaient faire l'objet d'un inscription, car le décret du 26 septembre 1896 abolissant l'esclavage les avait consacrés (9).

Enfin la jurisprudence exige toujours que l'opposant établisse qu'il tient ses droits des anciens maîtres du fond qui, d'après l'article 4 de l'arrêté du 26 septembre 1896, avaient seuls qualités pour exercer le droit de reprise (10).

II. — La réquisition proprement dite

La réquisition se compose d'une demande présentée au conservateur à laquelle est annexé le plan de l'immeuble.

60. — *a*) La réquisition est déposée entre les mains du conservateur. En général, elle est rédigée à l'aide de formules imprimées fournies par l'Administration. Elle doit être signée du requérant ou de son mandataire, muni d'un pouvoir spécial, un pouvoir général serait insuffisant. A Madagascar, le texte exige impérativement un pouvoir spécial. En Tunisie, une réquisition par un mandataire général a été jugée nulle (11).

Si le requérant ne peut ou ne veut signer, le conservateur certifie le fait au bas de la déclaration qu'il signe en ses lieux et place.

La réquisition déposée par le titulaire d'un droit réel autre que la propriété doit être faite au nom du propriétaire (12). Ainsi la réquisition déposée par un usufruitier, sans désignation du propriétaire serait irrecevable (13) ; de même un copropriétaire doit indiquer le nom de l'état civil des autres propriétaires (14).

Le requérant doit être clairement désigné : une réquisition déposée par « le chef conservateur du titre » désigné par la famille n'est pas recevable (15), pas plus qu'une réquisition collective présentée par des requérants nombreux, sans lien de famille et même

(7) C.M., 30 juillet 1930.
(8) C.M., 9 juillet 1913 : Décision à vrai dire très prétorienne puisqu'un esclave ne pouvait rien posséder.
(9) C.M., 8 août 1945.
(10) C.M., 12 juin 1957.
(11) T.M., 23 janvier et 2 mai 1904 ; J.T., 04, 271 et 364.
(12) T.M., 10 janvier 1900 ; J.T., 00, 571.
(13) C.M., 26 juin 1946.
(14) T.M., 22 mai 1897.
(15) C.M., 17 janvier 1945.

de village (16) ou une réquisition déposée par 19 Malgaches tant en leur nom personnel que comme chefs de famille et représentant tous les Malgaches d'une caste fixée sur le terrain requis désigné comme la propriété de cette caste (17) ou encore la réquisition au profit d'une collectivité de droit local qui ne constitue pas une personne morale (18).

De telles décisions, bien que conformes au principe, émeuvent plus que l'on ne pense les autochtones. Elles heurtent en effet la coutume en refusant de consacrer des droits traditionnels. Ces rejets ont certainement contribué à discréditer l'institution, jugée incapable en Afrique noire de répondre aux aspirations traditionnelles et ne sont pas étrangères à la condamnation du régime de l'immatriculation et de la propriété foncière au Sénégal. On n'y a peut être pas suffisamment pris garde.

Le requérant doit fournir son état-civil complet avec indication du régime matrimonial de façon à déterminer sa capacité et à apprécier l'incidence que peut avoir son régime matrimonial sur la propriété de l'immeuble.

Election de domicile doit être faite dans la localité du ressort judiciaire où se trouve l'immeuble à immatriculer en vue des notifications à faire au cours de la procédure d'immatriculation.

La description de l'immeuble est primordiale, elle doit être aussi précise et complète que possible et comprendre les constructions et les plantations qui s'y trouvent, sa consistance, sa nature, sa situation, sa contenance, ses limites, tenants et aboutissants, et,

---

(16) C.M., 2 mai 1945, 30 mai 1945, 24 octobre 1945. A vrai dire cette dernière solution est quelque peu prétorienne, car aucune disposition du texte foncier n'interdit l'immatriculation de l'immeuble en copropriété, ni ne vient limiter le nombre des indivisaires pouvant la réclamer. Les textes fonciers autorisent au contraire expressément les réquisitions déposées par les copropriétaires.

On ne saurait soutenir non plus que ces réquisitions tendent à ressusciter la propriété collective, lorsque chaque requérant dont l'identité est précisée dans l'acte devient propriétaire d'une part indivise et possède ainsi en tant qu'individu un droit personnel sur l'immeuble, et non en tant que membre d'un groupe fokonolona ou autre collectivité.

Mais toute prétorienne que soit cette solution, elle doit être approuvée, car l'indivision a toujours été un obstacle à la bonne gestion comme à la libre circulation des biens et une source de litiges : la solution inverse serait une méconnaissance complète de l'esprit qui régit l'institution.

(17) C.M., 17 avril 1912, P. 1914, 96. Motif : manque de clarté et d'exactitude.

(18) Dakar, 29 août 1960. Cette immatriculation ne saurait être requise que par tous les membres de la collectivité de droit local nommément désignés avec indication de leur part.

Au Togo, la jurisprudence s'est appuyée sur le décret du 20 mai 1955 pour refuser aux titulaires d'un droit coutumier collectif, l'immatriculation, en émettant l'avis que les titulaires de droits collectifs peuvent seulement se faire délivrer un livret foncier selon la procédure du décret du 15 août 1934. T.S.A., 14 novembre 1959 ; C.A. Lome, 12 avril 1962.

s'il y a lieu, le nom sous lequel elle est connue. Ces éléments permettent aux tiers de reconnaître d'une manière certaine l'immeuble dont l'immatriculation est requise et le cas échéant de faire valoir leurs droits. En Tunisie, la jurisprudence s'est montrée particulièrement rigoureuse et les tribunaux ont rejeté de plano des demandes parce qu'elles n'avaient pas permis aux tiers à raison de leur imprécision de reconnaître avec certitude l'immeuble à immatriculer. Le plus souvent le Tribunal mixte se bornait à ordonner dans ce cas une nouvelle publicité aux frais du requérant et à rouvrir les délais d'opposition.

Au Maroc, le requérant doit affirmer qu'il a la possession.

L'estimation de la valeur vénale de l'immeuble est également requise ; elle s'explique en particulier par le refus de certaines actions en cas de lésion sur les immeubles immatriculés et elle sert de base de calcul du droit proportionnel du conservateur.

Le requérant doit préciser la nature des droits qui grèvent l'immeuble et la désignation des titulaires de ces droits. Le requérant qui omet sciemment de faire connaître dans la réquisition un ou plusieurs de ces droits commet le délit de stellionat réprimé dans tous les pays régis par le système foncier de l'immatriculation, à l'exception de la Tunisie et du Maroc.

b) Le plan annexe.

61. — En général, il est exigé à l'appui de la réquisition un plan de l'immeuble dont l'immatriculation est demandée, sauf toutefois en Afrique du Nord et en Afrique équatoriale. Ce plan est purement indicatif d'ailleurs, puisque ainsi que nous le verrons, il doit être dressé un plan de l'immeuble après le bornage par un agent qualifié.

Dans les pays d'outre-mer où les propriétés sont vastes et les terres en général peu appropriées, le cadastre n'est guère utilisé et l'on se contente pour la détermination matérielle de l'immeuble d'une mensuration isolée de chaque propriété à immatriculer, sans se préoccuper de faire un travail d'ensemble et de rattacher les levés partiels à une triangulation générale ainsi que le propose le cadastre. Mais dans les territoires ou les régions où les terres sont toutes appropriées et très divisées, cette manière de faire aboutirait à un travail décevant, les plans chevaucheraient les uns sur les autres : « Les titres de propriété indiquent ordinairement une contenance enflée de telle sorte que le total des contenances prétendues en vertu des titres par tous les propriétaires d'une section enfermée dans des limites naturelles, sera presque toujours notablement supérieur à la superficie réelle de cette section. Si l'on exécute une opération d'ensemble, les déficits de contenance peuvent se répartir proportionnellement, mais si l'on immatricule les premiers immeubles avec leur contenance supposée, le déficit se reportera de proche en proche, à mesure des immatriculations successives sur les pro-

priétés non immatriculées, les dernières de celles-ci pourront alors se trouver considérablement réduites ou même disparaître complètement ». (19).

Le danger paraît cependant quelque peu exagéré, car les tiers intéressés à la procédure sont avisés par une large publicité des demandes d'immatriculation et par les formalités de bornage qui ne peuvent en principe passer inaperçues. Ils ont toute latitude pour défendre leurs droits.

Cependant dans les pays où la propriété est très morcelée, la délimitation exige une précision et une exactitude que seul le cadastre peut donner.

III. — Des titres présentés à l'appui de la réquisition

62. — Le requérant doit déposer tous les titres de propriété : contrats, actes publics ou privés et documents quelconques, de façon à faire connaître les droits réels qui existent sur l'immeuble.

Si un ou plusieurs actes invoqués par le requérant se trouvent en la possession de tiers, le conservateur, sur l'avis qui lui en est donné, fait sommation aux détenteurs d'en opérer le dépôt contre récépissé à la conservation à peine de dommage et intérêts (Tunisie, art. 23) et même d'amende (Madagascar, art. 86).

Ces tiers sont toute autre personne que le requérant, qui, à un titre quelconque, spécialement en qualité de copropriétaire, a en sa possession des écrits publications, plans, bornage susceptibles de servir à l'instruction de la demande et d'être ensuite annulés une fois les droits qu'ils relatent définitivement purgés par l'immatriculation (20).

Nous étudierons les titres plus spécifiquement nationaux.

Afrique occidentale et Afrique équatoriale.

63. — Jusqu'en 1955, les Africains qui voulaient immatriculer leurs terres en Afrique occidentale, devaient produire un certificat administratif établissant, après enquête, les conditions de leur tenure, en se conformant aux dispositions de l'article 90 du décret du 26 juillet 1932.

En Afrique équatoriale, l'article premier du décret du 28 mars 1899 permettait aux habitants de faire immatriculer directement les terrains sis dans un périmètre urbain ou les terrains ruraux concédés en toute propriété.

Les décrets des 20 mai 1955 et 10 juillet 1956, ainsi que nous l'avons vu (*supra*, n° 20 et suiv.) ont exigé la production d'un livret foncier jouissant de la force probante et pouvant mener direc-

---

(19) Besson, *op. cit.*, p. 412.

(20) Req. 10 mai 1933, R.A. 1934, 8. La solution qui intéresse la Tunisie vaut pour les autres pays à raison de la similitude des textes.

tement à l'immatriculation. Ce livret remplaçait en Afrique occidentale, le certificat administratif, mais faute par les Etats d'avoir défini les conditions dans lesquelles il pouvait être délivré, les détenteurs de terrains ruraux se sont vus privés de titre à présenter et l'immatriculation s'est trouvée paralysée .

La Côte d'Ivoire a eu recours au biais de l'immatriculation indirecte (*supra,* n° 29) .

Le Cameroun.

64. — A l'appui d'une réquisition d'immatriculation les titres présentés peuvent être de trois ordres :

1° Un livret foncier établi selon la législation antérieure, le décret du 21 juillet 1932, relatif à la constatation des droits fonciers, la demande est recevable si le droit reconnu au jugement est un droit de propriété, s'il s'agit d'un droit d'usage, la demande n'est recevable que si une enquête établit l'occupation effective du sol.

2° Un livret foncier établi en vertu du décret du 7 octobre 1959 (*supra,* n° 27), la demande est déclarée recevable si le livret atteste une occupation effective du sol, ou si cette occupation effective est constatée au cours d'une enquête.

3° Un arrêté du Secrétaire d'Etat compétent selon la procédure instaurée par la loi du 9 janvier 1963 (*supra,* n° 27).

Afrique du Nord.

65. — La possession a, en Afrique du Nord, une valeur probante particulière. La preuve joue en faveur de celui qui est en possession, c'est-à-dire de celui qui détient avec le comportement du propriétaire.

La valeur probante reconnue à la possession est telle qu'au Maroc, le requérant est tenu de spécifier dans sa réquisition s'il possède totalement ou partiellement, directement ou indirectement. Au cas où il a été dépossédé il doit préciser d'une manière sommaire les circonstances de cette dépossession (art. 13, 4° du dahir du 12 août 1913).

Madagascar.

66. — A Madagascar, lorsque l'Etat n'est pas en cause et qu'il s'agit de litiges entre Malgaches, la preuve de la propriété peut se faire par des titres de concession ou selon les règles de droit commun, en dehors des terres immatriculées ou cadastrées (21). Ainsi une possession de longue durée, paisible, publique et sans équi-

(21) Thébaut, t. II, n° 205 et les nombreuses références.

voque fait présumer la propriété (22). Mais aucune référence ne doit être faite à la loi du 9 mars 1896 dans le cas de litiges entre particuliers, cette loi n'intéresse que les procédures d'immatriculation entre l'Etat et les particuliers.

Lorsqu'au contraire, l'Etat est en cause, il bénéficie d'une présomption de propriété sur les terres non appropriées en vertu de titres réguliers et les requérants doivent faire tomber cette présomption. Depuis la loi du 15 février 1960, la présomption tombe si le terrain est cultivé dans des conditions qui permettent d'obtenir la délivrance d'un acte domanial (art. 11).

Tant que la loi du 9 mars 1896 reste en vigueur, il suffit pour faire tomber cette présomption que le requérant démontre ainsi que l'y autorise l'article 2 de la loi, qu'il a bâti sur cette parcelle ou qu'il a l'habitude de la cultiver.

Les dispositions de la loi du 9 mars 1896 sont constamment invoquées par les malgaches qui n'ont pas de titres réguliers à l'appui de leur réquisition. L'application de ce texte a donné lieu cependant à de graves difficultés.

Son abrogation est décidée en principe pour le 31 décembre 1972, le Gouvernement malgache lui a substitué un régime d'immatriculation administrative prévu par la loi domaniale du 15 février 1960.

Titres spécifiquement malgaches

I. — La loi du 9 mars 1896

67. — La loi du 9 mars 1896 a voulu consacrer officiellement le droit de jouissance que les Malgaches avaient de leurs propriétés dans le passé et en prévenir toute violation.

Il ne faut donc pas prendre à la lettre l'article 1er de la loi : « Le sol du Royaume appartient à l'Etat ». La jurisprudence s'est toujours refusée à voir dans cette déclaration autre chose qu'un droit éminent, théorique et virtuel qui ne prenait réalité que pour empêcher l'accès des étrangers à la propriété, mais imposait le respect de la propriété détenue par des nationaux (23).

Car, à la différence de l'Afrique noire, Madagascar connaissait, avant notre arrivée, à côté de la propriété collective, la propriété sous forme individuelle. Celle-ci s'acquérait le plus souvent par l'emprise directe et permanente sur le sol (24), la continuité de

(22) C.M., 11 janvier 1940.

(23) C.M., 14 octobre 1914 ; C.M., 9 décembre 1931, Pen. 1932, 249.

(24) La propriété résultait de l'occupation et de la mise en valeur d'une terre libre. Un malgache, habitant du pays, et même étranger au pays, pouvait avec l'autorisation du Fokonolona et du chef de terres se fixer sur un point inoccupé, y bâtir une maison, y cultiver un terrain, il devenait propriétaire du terrain cultivé, de la maison construite. Julien, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, t. II, p. 229 et suiv.

l'exploitation était requise (25). C'est ce droit de propriété que la loi de 1896 a voulu garantir : « Les habitants pourront acquérir des titres de propriétés sur les parcelles qu'ils ont bâties ou qu'ils ont eu jusqu'à ce jour l'habitude de cultiver ». (Art. 2.)

L'application de cette disposition, qui omet de fixer la durée de la mise en valeur requise, a cependant donné lieu à une interprétation très regrettable qui a jeté la perturbation pendant plus de soixante ans dans la délivrance des titres fonciers aux malgaches.

L'erreur est venue sur le sens à donner à l'expression « jusqu'à ce jour ». Elle peut prêter à confusion. A première vue, elle peut signifier jusqu'à la date de la promulgation de la loi. C'est en ce sens que la jurisprudence s'est décidée. Interprétant littéralement le texte, elle a en effet toujours exigé que l'exploitation invoquée soit antérieure à 1896 (26). Mais cette interprétation est inexacte elle est contraire au préambule de la loi et à la coutume. Dans le préambule, en effet, la Reine manifeste sa volonté de garantir l'inviolabilité de la propriété, telle que la coutume la connaissait et qui n'avait pas toujours été respectée, mais sans innover, uniquement pour permettre aux Malgaches de travailler dans la quiétude. Or l'exploitation habituelle et continue du sol était un mode très ancien d'appropriation de la terre et rien ne permet de penser que le législateur ait voulu le tarir en lui fixant un terme comme l'a décidé la jurisprudence, il n'y avait aucune raison pour que la mise en valeur de la terre cesse de produire effet au jour de la promulgation de la loi, il est au contraire de règle que la loi dispose pour l'avenir.

En réalité, par l'expression, peu heureuse, il est vrai « jusqu'à ce jour », le législateur n'a pas visé la date de la loi, ce qui eût été un non-sens, mais il a voulu rappeler la tradition et confirmer la nécessité de la continuité ininterrompue de l'exploitation pour parvenir à l'appropriation du sol, et « jusqu'à ce jour » doit s'entendre : jusqu'au jour où les habitants voudront acquérir des titres de propriété sur les lots qu'ils exploitent, ainsi doivent-ils démontrer la continuité de la mise en valeur jusqu'au jour de la demande.

C'est d'ailleurs ainsi que la jurisprudence a toujours exigé la continuité de l'exploitation même au-delà du 9 mars 1896 (27), jusqu'au jour de la demande, alors que si elle avait été conséquente avec elle-même, elle aurait du décider que l'exploitation antérieure à 1896 était suffisante, pourvu qu'elle ait une certaine durée.

Cette interprétation malheureuse a eu des conséquences impor-

---

(25) Dans son kabary, instituant le nouveau régime foncier le roi Andrianampoimerina le dit (*supra*, n° 28, note 15).

(26) C.M., 23 juin 1915 : « La loi de 1896 n'a pas porté atteinte aux règles de la législation malgache concernant l'acquisition et la transmission de la propriété immobilière : elle apparaît comme consacrant l'occupation comme mode d'acquisition, si du moins *cette occupation était effective au moment de sa promulgation.* »

(27) C.M., 6 novembre 1901, Pen. 1902, 143 ; C.M., 25 avril 1917 ; C.M., 11 janvier 1945.

tantes et graves. D'innombrables réquisitions ont été rejetées qui n'auraient pas dû l'être, parce que le requérant bien qu'exploitant depuis longtemps sa terre, n'a pu établir qu'il la cultivait antérieurement à 1896, soit qu'en fait son exploitation quoique ancienne ne remontât pas à cette date, soit que lui-même et ses ancêtres, aient réellement travaillé la terre avant cette date, sans qu'il puisse en rapporter la preuve (28).

Cette interprétation a eu encore pour effet de rejeter des réquisitions présentées par les anciens esclaves ou leurs descendants qui s'étaient établis avec l'autorisation du maitre. Le grief en a été fait à la loi de 1896. La solution eût été différente sans doute, si l'on avait admis qu'il suffisait d'une mise en valeur habituelle de la terre, sans exiger qu'elle remonte à 1896, car l'esclavage a été aboli par l'article 4 du décret du 16 septembre 1896 et depuis cette date. les anciens esclaves auraient eu les qualités requises pour obtenir par la démonstration de leur mise en valeur habituelle du sol, un titre de propriété (29).

De surcroît, le législateur intervint pour consacrer cette malencontreuse jurisprudence. Un décret en date du 28 septembre 1926 décida que l'Etat serait présumé propriétaire de tous les terrains non bâtis ni enclos qui n'étaient pas possédés par des tiers en vertu de titres fonciers d'immatriculation ou de titres de concession, ajoutant que : « cette présomption pourra toutefois être combattue par la preuve contraire établissant en ce qui concerne les Malgaches que leur droit de propriété est antérieur à 1896 » (art. 29).

Mais la preuve par témoins est exclue, en raison de l'éloignement des faits à prouver. Cette exclusion n'aurait jamais été édictée, si la loi malgache avait été correctement interprètée, car les faits à prouver n'auraient plus du remonter antérieurement à 1896.

Cette mesure souleva chez les nationalistes malgaches une vive émotion que ne parvint pas à faire disparaître la compensation offerte par le décret du 25 août 1929 instituant le cadastre à Madagascar qui autorisait ce mode de preuve pour établir les droits des intéressés sur les parcelles à cadastrer (*supra*, n° 15).

Enfin, la jurisprudence décidait que si la présomption de propriété de l'Etat n'existait pas sur les terrains bâtis ou enclos, du moins l'Etat pouvait établir ses droits en démontrant que les bâtiments avaient été construits après la loi de 1896 (30), faculté qui, à coup sûr, ne se trouvait pas dans la loi malgache.

---

(28) La présence de plantation de mimosas, même anciennes ne constitue pas une preuve de propriété, cette essence ayant été importée à Madagascar postérieurement à 1896. C.A.M., 27 juillet 1960, de même pour les eucalyptus, C.M., 28 mars 1956.

(29) L'affranchi ou son descendant peut requérir l'immatriculation de sa terre. C.M., 30 juillet 1930.

(30) C.M., 25 avril 1951. Le requérant avait tenté de soutenir pour établir ses droits de propriété sur la construction qu'il lui suffisait de justifier, aux termes de l'article 29 du décret du 28 septembre 1926, qu'il

Il en est résulté une situation incohérente dans la position respective des Malgaches et des Européens. Primitivement, les Malgaches se trouvaient dans une situation plus favorable, car la loi ne fixait aucune durée à la possession requise pour établir leur droit de propriété, tandis que les Européens devaient démontrer l'existence d'une possession continue de trente années. Mais à mesure que le temps passait, la situation des Malgaches tenus d'établir une possession antérieure à 1896, se dégradait, et, finalement après 1926, le renversement était opéré ; à partir de cette date, en effet, les Malgaches devaient établir l'existence d'une possession antérieure de plus de trente ans, et même, après 1956 de plus de soixante ans.

Le décret du 29 février 1956, modifiant l'art. 29 susvisé, est intervenu pour rétablir l'équilibre en n'exigeant plus des Malgaches qu'une possession trentenaire pour combattre la présomption de l'Etat et en rétablissant la preuve par témoins.

Cette mesure équitable rapprochait la législation de l'ancienne coutume malgache et de la loi de 1896, elle s'en séparait encore par l'existence d'une longue possession que celles-ci ignoraient.

Rien de surprenant donc qu'après l'Indépendance, le Gouvernement malgache ait voulu reprendre la tradition. C'est dans cet esprit que la loi du 15 février 1960 relative au domaine national, tout en maintenant la présomption de propriété de l'Etat sur les terrains non appropriés en vertu de titres réguliers, a reconnu aux Malgaches la possibilité d'obtenir un titre de propriété sur les terres où ils exercent une emprise permanente sur le sol se traduisant par des constructions ou une mise en valeur, selon les usages du moment et des lieux et de la vocation des terrains depuis dix ans au jour de la constatation, dans les limites de 30 hectares pour les terrains ruraux (art. 18).

A vrai dire, le texte de 1960 ne fixait pas la durée de la mise en valeur, mais l'ordonnance du 30 septembre 1962 est venue apporter cette indispensable précision pour prévenir les interprétations arbitraires ou erronées.

Le délai relativement court, requis, pour la durée de la mise en valeur, dix ans, vient confirmer l'erreur d'interprétation de la loi malgache de 1896, lorsqu'il fut exigé que l'occupation remonte à 1896 (31).

---

avait bâti avant le 28 septembre 1926. Il y a lieu, toutefois, de rappeler que lorsqu'il s'agit de terrains bâtis ou en enclos et de rizières aménagées, l'occupant n'a aucune preuve à administrer, c'est à l'Etat, si la question de domanialité est posée, à faire la preuve de son droit. C.A.M., i, n° 7, 25 janvier 1956.

(31) L'erreur d'interprétation semble avoir échappé aussi au Gouvernement malgache. V. P.V., n° 15, A.N. du 5 novembre 1959 de l'Assemblée nationale, p. 321 : la jurisprudence s'est d'ailleurs maintenue après l'Indépendance, C.A.M., 27 juillet 1960. Bien plus, depuis l'abrogation du décret du 28 septembre 1926 la jurisprudence exige à nouveau une mise en valeur antérieure à 1896 (C.A.M., n° 3-i, du 8 janvier 1969).

La loi du 15 février 1960, en son article 81, a abrogé la fameuse loi malgache de 1896 qui a servi de soutien à tant de réquisitions. La date de l'abrogation primitivement fixée au 1er janvier 1965 a été successivement portée au 31 décembre 1967, puis récemment au au 31 décembre 1972. Il n'est pas impossible qu'elle soit reportée encore à cette date tant les malgaches sont attachés à ce texte, « fondement de la propriété ancestrale malgache » et qui leur apporte la garantie judiciaire.

Lorsque la loi de 1896 sera définitivement abrogée, la présomption de propriété de l'Etat ne tombera plus que devant les droits des personnes et des collectivités qui occupent des terrains susceptibles d'être sanctionnés par la délivrance d'un titre domanial, la mise en valeur invoquée doit donc remonter à plus de dix ans (32).

En attendant, la loi du 9 mars 1896 restant applicable jusqu'au 31 décembre 1972, rien n'empêche plus maintenant les tribunaux de rétablir la véritable portée de la loi en retrouvant la coutume ancestrale, puisque le décret du 28 septembre 1926 a été abrogé (art. 81 de la loi du 15 février 1960).

II. — La loi domaniale du 15 février 1960

67 *bis*. — A la différence de la loi du 9 mars 1896 qui permet l'immatriculation directe, la loi domaniale du 15 février 1960 (33) n'autorise l'immatriculation que sur le vu d'un titre domanial délivré par l'autorité administrative (art. 56), après avis d'une commission qui apprécie la mise en valeur du terrain.

La constatation de la mise en valeur est la clef de voûte de ce nouveau mode d'attribution de la propriété. Pour se convaincre de l'intérêt particulier que lui porte le législateur, il suffit de lire l'accumulation des exigences requises pour sa constatation : « une emprise personnelle, réelle, évidente et permanente sur le sol, se traduisant par une mise en valeur effective, sérieuse, durable, selon les usages du moment et des lieux et la vocation des terrains » (art. 18).

C'est que sous l'empire de la loi de 1896, les tribunaux n'avaient pas attaché une importance particulière à la mise en valeur de la terre revendiquée, et, en l'absence de toute précision législative, et presque toujours sans expertise, obnubilés par la recherche des signes d'appropriations antérieures à 1896, l'avaient admise assez libéralement. Il est dans l'ordre des choses qu'un pays sous-développé, récemment parvenu à l'Indépendance, soit axé sur toutes les formes de productivité, et en particulier celle du sol et

---

(32) M. Rakotomananjean pense que la seule présence d'un terrain mis en valeur suffit à faire tomber la présomption, *op. cit.*, p. 128.

(33) Modifiée par la loi du 20 septembre 1962 et du 11 décembre 1964.

en vienne à subordonner la délivrance du titre à une mise en valeur très caractérisée, l'octroi de l'immatriculation devient comme une prime au rendement.

D'ailleurs un autre signe de l'intérêt qu'attache le législateur à la mise en valeur réside dans le fait que la commission de constat comprend dans son sein deux fonctionnaires techniciens : un fonctionnaire du ministère de l'agriculture et du paysannat et un fonctionnaire du ministère chargé de la forêt et du reboisement (art 1er du décret du 9 mai 1963), garanties qui n'existaient pas autrefois.

La durée de la mise en valeur requise présente une singularité. Tandis que pour les terrains ruraux, la mise en valeur doit remonter à dix ans *au jour de la constatation* (art. 18), ce qui est un point de départ normal, pour les terrains urbains, les constructions et autres aménagements durables doivent remonter à plus de dix ans, *à la date de la présente loi* (art. 26) sans que les raisons de fixer un point de départ différent selon la nature des terrains soient évidentes. Il apparaît que l'application du texte tel qu'il est rédigé pour les terrains urbains va se heurter aux difficulté rencontrées plus haut pour l'application de la loi du 4 mars 1896.

S'il se produit des oppositions en cours d'enquête, elles sont tranchées par le tribunal compétent du ressort qui doit statuer comme en matière urgente. Le tribunal risque alors de commettre une confusion, en rejetant l'opposition, il peut prononcer l'immatriculation au nom du requérant, comme s'il était sous l'empire de la loi de 1896. Or la décision en matière domaniale n'appartient qu'à l'autorité administrative (art. 56). La tentation peut être d'autant plus grande que le litige s'agite entre deux particuliers et en l'absence du représentant des domaines.

Les oppositions tranchées, la commission formule un avis motivé (art. 25 du décret loi), mais ses conclusions, qu'elles soient favorables ou défavorables, ne lient pas l'administration chargée de la délivrance du titre déclaratif de propriété, elle « décide souverainement de la suite à réserver aux propositions de la commission » (art. 7 du décret du 9 mai 1963).

On a pensé qu'aucune voie de recours n'était prévue contre les décisions de l'administration (34). Mais il est de règle que tout acte administratif est susceptible d'un recours pour excès de pouvoirs, et l'on ne voit pas pourquoi une décision de rejet en la matière du préfet ou du ministre y échapperait.

Quoiqu'il en soit, la reconnaissance du droit de propriété est livrée ainsi à la discrétion d'un représentant de l'administration et le Gouvernement a la haute main à Madagascar sur la distribution de la propriété des terres. La garantie des droits individuels a été sacrifiée à l'assurance d'une mise en valeur certaine. On conçoit que

(34) Rarijaona, *Le concept de la propriété en droit foncier de Madagascar*, p. 97.

les malgaches s'efforcent de proroger la loi de 1896 qui les protège du caractère discrétionnaire des pouvoirs de l'administration en matière de propriété foncière. N'est-il pas possible de concilier les deux impératifs : la mise en valeur et les droits des individus ? La question sera examinée plus loin (*infra*, n° 301).

Section II

Publications, bornage

Le dépôt de la réquisition est porté à la connaissance des tiers par des publications. Il est procédé ensuite au bornage de l'immeuble de façon à en fixer matériellement les limites sur le sol.

Publications

68. — Dans le plus bref délai possible, après le dépôt de la réquisition, un extrait est inséré au *Journal Officiel*. Il eut été bon de préciser les mentions que doit contenir l'extrait, aucune législation ne l'a cependant prévu. Un placard reproduisant cette insertion est affiché dans l'auditoire du tribunal de la situation de l'immeuble, constatation est immédiatement faite de l'accomplissement de cette formalité par le greffier qui en rédige un certificat qu'il transmet au conservateur. La durée de cet affichage varie selon les pays.

D'autres placards sont adressés par le conservateur aux autorités administratives et judiciaires du lieu, Procureur de la République ou son représentant, chef de district, caïd.

Les placards sont également notifiés à chacun des titulaires des droits réels et charges mentionnées dans la réquisition à personne ou à domicile.

Les certificats de réception et les minutes des notifications ainsi que le certificat d'affichage sont annexés par le conservateur au dossier de la procédure.

Il importe cependant de ne pas se leurrer sur l'efficacité de cette publicité. Un nombre infime d'Africains ou de Malgaches lisent les annonces de l'Officiel ou essayent de déchiffrer les avis affichés pêle-mêle, les uns sur les autres, à la porte des mairies ou des préfectures, le plus souvent la publicité faite manque son but. Plus intéressante paraît l'obligation faite au caïd au Maroc de publier l'extrait et l'avis sur les marchés de son territoire toutes les semaines jusqu'au jour du bornage, à condition de s'assurer que ces publications ne sont pas bredouillées de façon inintelligible. En Tunisie, c'est une circulaire du 21 août 1901 qui prescrit aux caïds de faire lire l'extrait de la réquisition sur les marchés et enjoint aux cheikhs de prévenir les propriétaires présumés et de les éclairer,

les chefs de district sont chargés de cette publicité en Afrique occidentale et à Madagascar.

Un affichage sur les lieux mêmes aurait plus de chance d'être remarqué des intéressés à condition qu'il soit apparent, mais il n'est prévu qu'à Madagascar et en Afrique Noire. En Tunisie, depuis 1964, la publicité est également prescrite par la radio et par la presse (*infra*, n° 88).

Bornage

69. — Aussitôt après l'insertion de la réquisition au Journal officiel à Madagascar (art. 89), dans les 45 jours en Tunisie (art. 323 du code), pendant le délai de trois mois prévu pour l'affichage dans l'auditoire du tribunal en Afrique occidentale (art. 100) ou à la date indiquée par le conservateur au Maroc (art. 17), le conservateur de la propriété foncière fait procéder au bornage de l'immeuble à immatriculer à une date qui est portée à la connaissance du public par une publicité plus vaste que celle intéressant le dépôt de la réquisition. En effet, indépendamment des affichages et des avis, des invitations personnelles sont adressées aux propriétaires limitrophes et, au Maroc et à Madagascar, aux intervenants et opposants qui se seraient révélés. Au Maroc, le conservateur adresse l'avis de bornage en même temps que l'extrait de réquisition, ce qui gagne du temps.

Au jour fixé, le géomètre procède au bornage provisoire. Il reconnaît les limites et les fixe par bornes ou limites naturelles, dresse procès verbal de ses opérations, enregistre les contestations soulevées par les tiers et le requérant et borne les parcelles litigieuses. Il fait ensuite un plan de l'immeuble.

Le procès verbal de bornage est après clôture signé par le géomètre et si possible par les assistants, ajoute-t-on à Madagascar.

Au Maroc, c'est le conservateur ou son délégué qui dirige lui-même les opérations de bornage avec l'assistance et le concours d'un géomètre assermenté du service topographique qui n'a qu'un rôle matériel.

Les chemins de quelque importance, et notamment ceux qui figurent sur les cartes d'état-major, sont toujours bornés, même d'office par le topographe suivant le tracé général et avec la largeur existant au moment du bornage, en Tunisie (art. 323 du Code des droits réels).

Le procès verbal de bornage et le plan de l'immeuble sont classés aux archives de la conservation et le conservateur relève au registre des oppositions pour valoir comme telles les mentions relatives aux contestations élevées sur le terrain.

Différences notables entre la propriété requise et la propriété bornée

70. — Il arrive assez fréquemment qu'il ressort des différences

notables entre la description de la propriété faite au procès-verbal et celle résultant de la réquisition déposée par les parties. La nullité de la réquisition doit être prononcée lorsqu'elle atteste une tentative de fraude ou d'accaparement. Ainsi, le bornage d'une surface triple de celle portée dans la réquisition entraîne la nullité ou le rejet de la réquisition (35). Le principe avait été admis à Madagascar que ne pouvait être tolérée qu'une différence d'un dixième entre les dimensions portées à l'acte et les limites bornées (36).

La question est maintenant réglée à Madagascar par l'article 97 de la nouvelle loi foncière qui prévoit que, dans ce cas, le conservateur fait publier d'office un avis rectificatif indiquant la superficie et les limites réelles de l'immeuble délimité. Cet avis est publié au Journal Officiel avec référence à la date de la publication initiale. Aucun délai n'est imparti au conservateur pour publier l'avis rectificatif, mais le délai pour faire opposition est alors prorogé de deux mois à compter de l'insertion.

A raison de l'inexpérience de beaucoup de Malgaches, cette disposition que l'on retrouve en Afrique occidentale, présente un intérêt incontestable en prévenant l'annulation de la réquisition.

Les droits revendiqués par le requérant sur l'immeuble étant connus par la publication de la réquisition, et les limites de l'immeuble par le bornage, les tiers peuvent utilement intervenir par voie d'opposition ou de demandes d'inscription, si leurs droits sont lésés.

Section III

Les oppositions et les demandes d'inscription

L'opposition (37) est une contestation qui porte sur l'existence ou les limites du droit de propriété. Au cas où elle est admise, elle aboutit, soit au rejet de la demande d'immatriculation, soit à un bornage rectificatif. La demande d'inscription, au contraire, bien loin de mettre en cause l'existence ou l'étendue des droits du requérant qu'elle présuppose au contraire, tend seulement à faire inscrire un droit réel ou une charge, tels qu'ils sont reconnus par la loi foncière, sur l'immeuble.

Comme les oppositions et les demandes d'inscriptions, s'introduisent dans les mêmes formes, sur le même registre, dans les mêmes délais et que les unes et les autres aboutissent, à défaut d'accord, à une décision judiciaire, dans la pratique on les confond, ce qui est une erreur (*infra,* n° 80).

---

(35) C.M., 2 mai 1945.
(36) C.M., 13 juin 1945.
(37) Tunisie, art. 324 du Code des droits réels ; Maroc, art. 24 ; Afrique occidentale, art. 97 ; Madagascar, art. 98.

I. — L'opposition

L'opposition est l'œuvre de l'opposant. Qui peut être opposant, quelle qualité son intervention lui donne-t-elle dans la procédure, dans quel délai doit-il agir et sous quelles formes, telles sont les questions qui vont être successivement examinées.

L'opposant.

71. — Peuvent en principe faire opposition, tous ceux qui y ont intérêt. Ainsi le titulaire d'une autorisation d'exploiter de l'or a un intérêt suffisant pour faire opposition, lorsque la législation locale lui donne le droit d'occuper le terrain domanial librement et sans indemnité (38). L'énumération donnée par certains textes, tel le décret organique de l'Afrique occidentale (art. 98) est donc superflue.

Mais le droit de faire opposition n'appartient qu'aux parties personnellement intéressées. Ainsi une commune ne serait pas qualifiée pour s'opposer à l'immatriculation d'une propriété parce qu'elle serait indivise entre le requérant et un tiers (39).

Néanmoins, comme l'opposition est purement conservatoire, on admet qu'une personne sans mandat peut faire opposition, en tant que gérant d'affaires, mais son rôle s'arrête au dépôt de la requête introductive d'instance, acte de disposition qui lui est interdit (40), ainsi un parent peut agir sans mandat (41), comme le représentant d'une personne absente ou incapable, ou même un tiers peut conserver le droit éventuel par une opposition, mais l'intéressé doit intervenir personnellement au litige pour soutenir l'opposition formée dans son intérêt, il n'y a là qu'une application des règles du mandat ou de la gestion d'affaire (42).

L'opposition doit être dirigée contre le requérant, mais non contre les autres opposants. Cette solution s'impose dans les pays où l'immatriculation est judiciaire. Mais elle est plus discutable dans les pays où l'immatriculation est administrative.

Dans les premiers, en effet, le tribunal est saisi d'une demande d'immatriculation et doit statuer sur les droits du requérant dans

(38) C.M., 16 janvier 1927. Le vendeur d'un terrain dont l'immatriculation est requise par un tiers est recevable en son opposition à raison de son obligation de garantie. Rabat, 23 janvier 1924, II, 327, et inversement l'acquéreur ou le cessionnaire a qualité pour intervenir dans l'instance engagée contre son vendeur ou cédant et le bénéficiaire d'un titre de concession provisoire, lorsque les droits de l'Etat concédant peuvent se trouver contestés par les tiers, C.M., 15 novembre 1916.

(39) C.M., 8 novembre 1911.

(40) Dakar, 10 mars 1933, Penant 1933, 252.

(41) Rabat, 29 mai 1923, Rec. 1923, 250.

(42) Rabat, 23 janvier 1922, Pen. 1924, 33 et 93.

les limites de sa saisine. Dans les seconds, le Tribunal n'est pas saisi d'une demande d'immatriculation, mais d'un litige qui s'agite entre le requérant et les opposants. Il y aurait pourtant dans ce dernier cas un intérêt pratique évident à ce que la propriété de l'immeuble soit définitivement fixée et à permettre à l'opposant qui a triomphé de déposer une réquisition pour faire consacrer ses droits, sans l'obliger à entreprendre une nouvelle instance, remettant en question les mêmes difficultés.

Après avoir décidé d'abord que l'opposition ne pouvait être dirigée contre les autres opposants (43) la jurisprudence marocaine vient d'admettre la recevabilité de l'appel d'un opposant contre un autre opposant, en l'absence d'appel du requérant (44).

Qualité de l'opposant.

72. — L'intervention de l'opposant dans la procédure semblerait devoir lui conférer la qualité de demandeur, mais ce n'est là qu'une apparence, car le requérant doit de son côté établir la réalité des droits qu'il revendique.

Cependant dans les pays où l'immatriculation est administrative (*infra*, n° 89 et suiv.), comme au Maroc et en Afrique occidentale, la jurisprudence décide que l'opposant étant demandeur doit faire la preuve de ses droit contre le requérant qui en qualité de défendeur n'a rien à prouver. C'est conférer là un avantage inadmissible au requérant. Le dépôt d'une réquisition devient ainsi une prime injustifiée dans la course à l'immatriculation. Il suffit qu'un individu peu scrupuleux se procure un acte d'un non propriétaire ou un acte de notoriété de complaisance et déposé le premier une réquisition pour que le véritable propriétaire soit dépouillé, s'il ne peut apporter la preuve de son droit, ce qui n'est pas toujours aisé.

Le fait de déposer une réquisition n'est cependant pas créateur de droit et la reconnaissance du droit de propriété devrait se débattre à armes égales entre les revendiquants sans avantage pour le premier inscrit (45). La charge de la preuve est question de fond.

Cet inconvénient de la dissociation de l'administratif et du judiciaire est inconnue de l'immatriculation judiciaire. Devant la juridiction chargée de l'immatriculation, le requérant sollicite la reconnaissance de son droit de propriété comme l'opposant, le tribunal doit apprécier les titres respectifs des parties sans aucun préjugé et sur un plan d'égalité (*infra*, n° 104).

Formes de l'opposition

Il existe deux formes d'opposition, l'une exige la protestation personnelle du tiers intéressé, c'est l'opposition volontaire, l'autre

(43) Rabat, 13 mai 1942 ; Rec. Rabat, 1941-42, p. 470.
(44) Cour suprême du Maroc, 25 juin 1963, *infra*, n° 123, note 92.
(45) Roché, *Rev. Jur. et Pol. outre-mer*, 1964, p. 193. — C. Supr. Maroc, 17 avril 1963.

se produit en dehors de toute manifestation de volonté, c'est l'opposition d'office.

a) L'opposition volontaire.

73. — L'opposition volontaire n'est soumise à aucune forme. Le législateur a voulu, dans tous les pays, faciliter par tous les moyens la découverte et la fixation des droits des tiers sur les immeubles dont l'immatriculation est requise : lettres missives ordinaires, simples déclarations verbales, à condition qu'elles soient faites à des personnes qualifiées : conservateur, agent de bornage (46). Il faut éviter l'irréparable, car après l'immatriculation aucune revendication n'étant plus admise, le libéralisme est de rigueur.

Une seule réserve, cependant, mais qui va de soi, l'opposant doit être clairement désigné, une opposition formée au nom de personnes désignées non par leur nom, mais par le terme générique de consorts, serait irrégulière par exemple (47).

b) L'opposition d'office.

74. — Aucune forme n'étant requise en principe pour la validité d'une opposition, la jurisprudence en déduit que la réquisition d'immatriculation d'un domaine qui fait également l'objet d'une autre réquisition, constitue une opposition d'office et élève ainsi en ce qui concerne les parties un conflit qui doit être tranché par le tribunal sans qu'il soit nécessaire que cette opposition soit autrement formulée. On peut dire que relativement à une même terre, réquisition sur réquisition vaut opposition (48).

Il s'agit là d'un conflit assez fréquent et général. Au Maroc, il est admis que le requérant premier en date ne perd pas pour autant sa qualité de défendeur à l'instance (49), selon une jurisprudence discutable (*supra*, n° 72).

Aucune législation ne s'était pourtant préoccupée jusque-là de ce problème. Seule le législateur malgache à l'occasion de la refonte de la législation foncière a réglementé l'opposition d'office.

L'article 100 de l'ordonnance du 3 octobre 1960 prescrit au conservateur, dès qu'il apprend l'existence d'une opposition, de suspendre d'office la première réquisition jusqu'à la constitution du dossier de la seconde réquisition de manière à soumettre les deux dossiers simultanément au tribunal à condition, bien entendu, que la procédure n'ait pas abouti déjà à l'établissement d'un titre foncier ou à une décision judiciaire définitive.

(46) T.M., 27 juin 1888 ; J.T., 97, 521.
(47) Dakar, 8 mars 1919.
(48) C.M., 20 avril 1910, Penant 1910, 285.
(49) Rabat, 10 novembre 1928, V, 79.

Le conservateur est tenu d'aviser immédiatement l'autorité judiciaire saisie de la première réquisition.

Le procédé tendant à éluder les conséquences d'une forclusion par le dépôt d'une réquisition sur tout ou partie d'une même propriété est condamné (*infra*, n° 76).

Délai d'opposition.

75. — Le délai pour faire opposition varie selon les pays.

Il peut partir de l'affichage de la demande en l'auditoire du tribunal (50), ou de l'insertion de l'extrait de la réquisition au Journal officiel (51), pour se terminer dans les trois mois de l'affichage (52), ou dans les deux mois de la publication de l'avis de clôture de bornage au *Journal officiel* (53), ou dans les six mois après la date de clôture du procès-verbal sur les lieux (54), cette dernière solution s'inspire de considérations pratiques évidentes : la majeure partie des habitants outre-mer ne lisent pas le *Journal officiel*, mais les habitants des lieux ne peuvent oublier les opérations de bornage qui constituent dans le pays un événement marquant.

Rigueur du délai.

76. — Le délai imparti est absolu, d'ordre public et la forclusion doit être prononcée d'office par le juge (55), qu'il y ait un litige ou non soulevé par un autre opposant dans les délais (56). L'opposition faite après les délais impartis, notamment à l'audience, est irrecevable (57) et le président du tribunal ne peut rouvrir les délais d'opposition lorsqu'ils sont expirés, par une ordonnance prescrivant une nouvelle insertion au *Journal officiel* (58). Il convient en effet de mettre un terme aux revendications des tiers, faute de quoi la procédure de purge s'éterniserait et manquerait son but.

Il s'ensuit qu'un opposant ne peut pour éluder les conséquences de sa forclusion, déposer postérieurement à l'expiration du délai, une réquisition d'immatriculation ayant pour objet le même immeuble et demander la jonction des procédures, car ce serait lui permettre d'intervenir par le biais d'une réquisition dans une cause où la loi lui interdit d'être partie (59).

Cependant la rigueur du délai d'opposition peut avoir pour

(50) Afrique occidentale, art. 97, Maroc, art. 18.
(51) Madagascar, art. 98.
(52) Afrique occidentale, art. 97.
(53) Maroc, art. 24.
(54) Madagascar, art. 100.
(55) Dakar, 1er février 1924, Dar 1924, 305.
(56) Dakar, 23 avril 1920.
(57) C.M., 30 avril 1902, Dar 1902, 114.
(58) C.M., 2 août 1915, Dar 1917, 244.
(59) Tunis, 15 juillet 1897.

conséquence de spolier les tiers qui pour des raisons indépendantes de leur volonté n'ont pu agir en temps voulu. Le législateur est parfois intervenu en leur faveur, de leur côté les tribunaux se sont efforcés, sans pour autant recevoir les oppositions tardives, de ne pas les ignorer, enfin certaines législations ont protégé avec un soin particulier les intérêts des absents et des incapables.

a) Tempérament légal.

77. — Au Maroc, une formule souple permet d'une façon générale au conservateur de recevoir, à titre exceptionnel, l'opposition à l'expiration des délais impartis, tant que le dossier n'a pas été transmis au tribunal, après remise au tribunal, ce droit appartient au procureur (art. 29).

Cette disposition heureuse permet de recevoir des oppositions vraiment fondées qui, à la suite d'un cas de force majeure ou toute autre raison valable, car le texte n'est pas limitatif, n'ont pu être faites en temps utile.

Ailleurs, la protection n'est assurée qu'à l'égard de ceux qui sont hors d'état d'agir eux-mêmes, et encore d'une manière très inégale.

C'est ainsi qu'à Madagascar (art. 100) et en Afrique occidentale (art. 99), seuls les absents sont protégés, à l'exclusion des incapables. Un délai de faveur est octroyé aux absents sous condition que la prorogation soit demandée avant l'expiration du délai d'opposition. Elle est alors accordée par ordonnance à la requête du curateur aux biens vacants et en outre à Madagascar d'office, soit sur requête des parents, alliés ou amis des absents ou du ministère public.

Ce n'est qu'en Tunisie (art. 329) et au Congo (art. 17) que l'on a songé non seulement aux absents, mais aussi aux incapables en leur accordant un délai supplémentaire pour faire opposition.

b) Tempérament judiciaire.

78. — Dans certains pays régis par l'immatriculation judiciaire, la jurisprudence s'efforce de compenser les effets rigoureux de la péremption du droit d'opposition, chaque fois que l'équité le commande.

C'est ainsi qu'en Tunisie (60), comme à Madagascar (61), les

(60) La déchéance des droits de l'opposant n'entraîne pas nécessairement l'attribution au requérant des parcelles ou des droits revendiqués ou contestés. Tunis, 28 novembre 1886 ; les déchéances prononcées, le tribunal peut d'office examiner la question et même s'assurer par une enquête que le requérant n'a pas excédé les droits qu'il tient de son titre et de sa possession. Tunis, 20 février 1886 — 2 novembre 1910 — 28 décembre 1914 ; R.A., 1916, 98 et la note approbative.

tribunaux admettent que, nonobstant l'irrégularité de l'opposition, ils doivent rechercher, au besoin d'office, si la demande est bien fondée ; cette jurisprudence trouve son fondement dans la mission confiée aux tribunaux de rechercher par tous les moyens si le requérant est bien propriétaire. Les opposants, même forclos ou déchus sont ainsi autorisés à produire, à titre de renseignements, toutes les pièces susceptibles d'éclairer le tribunal sur le bien-fondé de la réquisition.

La déchéance n'est pas encourue également lorsque le droit de l'opposant ressort des titres mêmes du requérant, en particulier d'un contrat où le requérant a été partie (62).

Cette jurisprudence, soucieuse d'éviter des spoliations irrémédiables, toute prétorienne qu'elle soit, doit être approuvée. L'on relève d'ailleurs que c'est précisément dans les pays où les tribunaux se sont montrés le plus soucieux de leur responsabilité que l'immatriculation a connu le plus de succès et a été la moins critiquée.

Protection particulière des incapables et des non-présents.

79. — La Tunisie et le Congo se sont souciés d'organiser la protection particulière de ceux qui se trouvent dans l'incapacité d'agir. En Tunisie, le juge rapporteur (art. 329), et au Congo, le président de la juridiction (art. 16), reçoivent spécialement mandat de veiller pendant tout le cours de la procédure à ce qu'aucun droit immobilier des incapables et des non-présents ne soit lésé.

A cet effet, ils sont tenus de procéder à toutes les vérifications et enquêtes nécessaires. Les pouvoirs qui leur sont conférés dans ce cas sont discrétionnaires.

Le juge rapporteur ou le président du tribunal peuvent provoquer la prorogation du délai d'opposition ouvert aux incapables et au non-présents (*supra*, n° 77).

Les autres pays n'ont pas pris soin d'assurer la même protection à ceux qui ne peuvent agir eux-mêmes. Il est bien accordé aux représentants des absents la faculté de demander la prorogation du délai d'opposition, mais sans rien prévoir en faveur des incapables.

Cette lacune qui tient sans doute pour partie aux règles du statut personnel, n'en est pas moins regrettable.

---

(61) Jurisprudence constante C.M., 9 juillet 1909 — 4 mars 1915 — 9 mai 1917 — 20 juin 1945. Rapprochez C.M., 8 décembre 1915 admettant lorsque l'Etat a fait appel uniquement pour faire reconnaître des droits d'usage et de superficie à des villages, alors que le chef de district est seul qualifié pour les représenter, la possibilité pour la Cour d'ordonner une enquête et la communication pour avis aux chefs de district intéressés.

(62) Tunis, 26 octobre 1922.

II. — Les demandes d'inscription

80. — A la différence des oppositions, les demandes d'inscription ne peuvent jamais par elles-mêmes aboutir au rejet de la réquisition, mais seulement à l'admission ou au rejet de l'inscription demandée. En fait, à tort, ces deux notions sont fréquemment confondues (63).

Les demandes d'inscriptions sont soumises à certaine conditions de recevabilité et doivent être formées en principe dans des délais de rigueur.

Conditions de recevabilité.

81. — Les demandes d'inscription ne peuvent concerner que l'inscription des droits et charges soumis à la formalité, cette règle va de soi. Cependant par dérogation à ce principe et par respect des droits acquis, l'inscription des droits et charges qui, bien que non reconnus par les textes fonciers, est admise par la loi ou la coutume antérieure de l'immeuble, telle l'hypothèque judiciaire, reste possible (64).

Certaines inscriptions n'ont d'ailleurs pas à être demandées, ce sont celles qui figurent sur les titres mêmes qui servent de base à la réquisition : ainsi l'action en résolution réservée au profit du vendeur dans un contrat de vente appuyant une réquisition : même en l'absence d'intervention du vendeur, le conservateur doit établir le titre avec la mention de la clause résolutoire telle qu'elle découle de l'acte (65).

Délai pour s'inscrire.

Le délai imparti pour inscrire un droit dépend de la date de son acquisition. A ce point de vue, il faut distinguer les droits acquis avant le dépôt de la réquisition et les droits acquis postérieurement.

---

(63) « Les légataires ont droit de faire *opposition* à l'immatriculation des immeubles de la succession pour faire *inscrire* le testament sauvegardant leurs intérêts au titre foncier. » C.M., 8 août 1945. « Est recevable et fondée *l'opposition* de l'Etat à l'immatriculation d'une propriété foncière, en vue de *l'inscription* au titre foncier d'une servitude de passage à établir pour un sentier public et pour une ligne télégraphique figurée au plan C.M., 11 janvier 1933, Pen 1934, 250 ; Cf. Doublier, *op. cit.*, p. 88. « Pour simplifier, le terme d'opposition signifiera sous notre plume l'ensemble des deux modes d'intervention qui suivent les mêmes règles. »

(64) Dakar, 15 décembre 1911, Dar 1912, 82.

(65) Leris Pen. Mar. 1927, 29.

a) Droits acquis antérieurement au dépôt de la réquisition.

82. — En principe ces droits peuvent être inscrits jusqu'à l'expiration des délais impartis pour faire opposition, passé ce délai, ils sont frappés de forclusion .

C'est la solution du Maroc (art. 23 du dahir de 1913), autrefois admise à Madagascar (art. 87 du décret du 4 février 1911), encore en vigueur au Gabon dans le nouveau texte du 8 mai 1963 (art. 19 et 23) qui confond d'ailleurs les oppositions et les demandes d'inscription.

En Afrique occidentale, la forclusion est limitée. L'article 122 du décret de 1932 prévoit en effet que les détenteurs de créances privilégiées et hypothécaires et les bénéficiaires de charges foncières tenues directement du propriétaire qui a poursuivi l'immatriculation peuvent seuls requérir, même *après l'achèvement de la procédure,* l'inscription de leur droit sur le titre foncier, sous la double réserve de ne pas préjudicier à d'autres droits régulièrement inscrits et de ne prendre rang qu'à compter de leur inscription. Solution logique puisque l'immatriculation obtenue ne fait que confirmer la qualité de celui qui a concédé les droits.

A Madagascar, une solution analogue prévaut depuis l'ordonnance du 3 octobre 1960. L'article 100 dispose en effet : « *qu'après l'expiration des délais d'opposition,* le conservateur peut toujours recevoir les demandes d'inscription des droits exclusivement tenus du requérant ou des personnes qui seront intervenues régulièrement et auront obtenu avant l'expiration des dits délais, la mention au registre ad hoc de leur propre demande d'inscription d'un droit autre qu'une revendication de propriété. » Cette revendication de propriété qui ne serait en fait qu'une opposition remettrait en cause, en effet, toute la procédure suivie, il est donc normal qu'elle ait été écartée.

La rédaction du texte malgache, plus compréhensive, est meilleure, seules restent donc irrecevables à Madagascar après l'expiration des délais d'opposition, les demandes d'inscription faites par ceux qui ne tiennent pas leur droit du requérant ou du titulaire d'une inscription déjà régulièrement demandée, les admettre eût été compromettre la clarification et l'apurement de la propriété obtenus par la procédure.

Il reste à examiner quelle sera la force probante de l'inscription de ces droits faite postérieurement au dépôt de la réquisition, ils n'ont pas en effet fait l'objet d'une publicité en même temps que la demande, et les tiers n'ont pas été à même de faire valoir leurs droits à leur encontre. Nous retrouvons cette question qui est d'ailleurs commune à tous les droits inscrits sans publicité dans les développements qui vont suivre et lors de l'étude de la force probante du titre d'immatriculation.

b) Droits acquis postérieurement au dépôt de la réquisition d'immatriculation pendant la période transitoire dite de « pré-immatriculation ».

83. — Jusqu'à l'expiration des délais impartis pour faire opposition, il n'a jamais été contesté que les droits acquis depuis le dépôt de la réquisition, pouvaient être inscrits. Une réserve est faite cependant au Maroc : il est prescrit que lorsqu'une transmission de propriété se produit entre vifs au cours de la procédure d'immatriculation, les formalités déjà accomplies sont considérées comme non avenues, si la mutation a pour objet la totalité de l'immeuble (art. 83 du dahir de 1913), cependant, il est prévu que les parties ont le droit d'en demander l'inscription conformément aux dispositions de l'article 84.

Mais passé le délai pour faire opposition, la question se pose de savoir si les tiers ont encore la faculté d'acquérir des droits sur l'immeuble et de les conserver par une inscription, ou si cette faculté leur étant interdite, l'immeuble devient en fait indisponible entre les mains du requérant jusqu'à l'immatriculation.

Dans cette dernière hypothèse, il est évident que le dépôt d'une réquisition d'immatriculation peut donner à réfléchir, si indépendamment des frais qu'elle entraîne, elle rend le bien pratiquement inaliénable et indisponible pendant plusieurs années.

Les solutions varient selon les pays. C'est ainsi que jusqu'à une époque relativement récente, à la différence d'autres législations, la législation malgache comme la législation de l'Afrique équatoriale encore ignorait la période de pré-immatriculation. D'après le texte de 1911, à compter de l'expiration des délais d'opposition, aucun droit ne paraissait pouvoir être inscrit au registre de la propriété foncière et, en pratique d'ailleurs les conservateurs refusaient de les prendre en charge (66), et, en l'absence de toute disposition législative, ces droits non révélés devaient être tenus pour inexistants.

Le silence du législateur s'expliquait par deux raisons. Tout d'abord cette réglementation risquait d'être sans portée pratique, car lorsque des propriétés sont litigieuses, elles font rarement l'objet de tractations. Elles n'intéressent personne. Les tiers attendent la solution des oppositions avant de traiter, car la publicité donnée à la procédure d'immatriculation ne leur permet pas d'ignorer les oppositions qu'elle provoque.

D'autre part, en principe, le règlement de la procédure d'immatriculation est établi pour obéir à un rythme accéléré, c'est le vœu du législateur qui se traduit par la fixation de délais rapprochés pour le déroulement des différentes opérations. Il n'a donc pas paru utile de réglementer une situation prévue pour une courte durée.

(66) Lota, *op. cit.*, 3e édition, n° 357.

Cependant, la pratique est là pour démontrer, que malgré les prescriptions du texte, de nombreuses procédures attendent leur règlement longtemps, à raison des mesures d'instruction ordonnées, du décès des parties ou de toute autre cause. Aussi la plupart des législations étrangères ont-elles pris soin de réglementer la situation juridique de l'immeuble pendant la période transitoire. La première en date est la législation tunisienne, la dernière la législation malgache. La loi gabonnaise de 1963, par ailleurs succinte, mais bien faite, a omis de la prévoir.

Tunisie.

84. — En Tunisie, le Tribunal mixte recevait jusqu'au jour du jugement ordonnant l'immatriculation, les actes relatant des faits et conventions survenus en cours d'instance d'immatriculation par application des dispositions de l'art. 19 de la loi tunisienne qui prévoit « que tous les droits réels existant sur l'immeuble, *au moment de l'immatriculation,* sont inscrits sur le titre de propriété ». Jusqu'en 1899, le Tribunal mixte purgeait l'immeuble de tous les droits antérieurs jusqu'au jour de la décision. Les droits non dénoncés avant l'immatriculation étaient anéantis, qu'ils fussent acquis avant le dépôt de la réquisition ou postérieurement, par contre tous les droits inscrits sur le titre lors de l'immatriculation participaient à son intangibilité.

En 1899, un revirement de jurisprudence se produisit. Il fut décidé que la purge n'opérerait plus après le dépôt de la réquisition, — solution plus exacte puisque les droits postérieurs ne sont pas soumis au contrôle des tiers par la publicité — mais que les droits acquis postérieurement au dépôt de la réquisition pourraient désormais toujours faire l'objet d'une inscription (*infra,* n° 162).

Afrique occidentale.

85. — La faculté d'inscrire les faits et conventions qui peuvent se produire au cours de la procédure d'immatriculation est reconnue par l'art. 154 du décret organique, mais l'inscription ne peut être opérée qu'après l'établissement du titre foncier.

Cependant le bénéficiaire du droit à inscrire pour prendre rang et rendre son droit opposable aux tiers peut, s'il le désire, effectuer le dépôt à la conservation foncière des pièces produites sans attendre l'achèvement de la procédure, mais c'est là une simple faculté. Le dépôt est alors mentionné au registre des oppositions, et au jour de l'immatriculation, il est reporté avec rappel de sa date au registre des dépôts, au rang qui lui est assigné par le premier enregistrement. La validité de ces inscriptions reste soumise au droit commun. La même solution est conservée par le nouveau texte du Dahomey (art. 129 et 154). C'est la solution tunisienne.

Maroc.

86. — Au Maroc, la période transitoire a été réglementée par les art. 83 et 84 du dahir de 1913.

Le bénéficiaire d'un droit acquis en cours de procédure peut, — il lui est loisible, dit le texte — pour prendre rang et rendre son droit opposable aux tiers, effectuer à la conservation le dépôt des pièces requises pour l'inscription (art. 84). Il en résulterait, logiquement, puisqu'il s'agit d'une latitude, que si le bénéficiaire omet d'inscrire son droit au registre des oppositions, il devrait conserver néanmoins le droit de l'inscription sur le titre foncier après l'immatriculation de l'immeuble, sauf à prendre rang seulement à partir de son inscription. Ce n'est cependant pas la solution de la jurisprudence marocaine (*infra*, n° 156).

Dans le cas particulier où il s'agit d'une transmission de propriété entre vifs en cours de procédure, l'art, 83 dispose que les formalités déjà accomplies sont considérées comme non avenues, si la mutation a pour objet la totalité de l'immeuble. Si la mutation n'a pour objet qu'une portion de l'immeuble, la procédure peut être poursuivie ou reprise avec adjonction de l'acquéreur. Le tout, ajoute le texte, à moins que les parties ne soient d'accord pour suivre sur la demande telle qu'elle a été introduite, le nouveau propriétaire se réservant de *bénéficier* des dispositions de l'art. 84.

Si ce dernier opte pour cette solution, il serait légitime de penser qu'il peut encore s'inscrire après immatriculation, puisque l'article 84 lui en laisse latitude, sauf à prendre rang seulement à partir de son inscription. La Cour de cassation est cependant d'un avis contraire (67). Elle estime que les dispositions de l'article 84 ne sauraient soustraire l'acquéreur, lorsqu'il n'a pas usé de ce droit, à l'effet absolu de l'immatriculation qui purge tous les droits antérieurs non mentionnés au titre foncier par applications des articles 2 et 62 du dahir foncier. La latitude laissée par cet article à l'acquéreur, « il lui est loisible » n'existe qu'entre le dépôt de son titre aux fins d'inscription ou le procédé prévu aux mêmes fins par l'article 83 du dahir. A notre avis cependant, l'article 84 forme un tout dont le bénéfice est accordé au nouveau propriétaire assimilé à n'importe lequel autre titulaire de droit

(67) Civ., 10 décembre 1957, Bull. 1957, I, 482. Cette jurisprudence aboutit à violer la foi due aux pactes et sacrifie l'acquéreur de bonne foi, tout en trahissant l'esprit des textes que la lettre ne condamne pas. Les articles 83 et 84 du dahir règlent d'après leurs termes mêmes, une situation qui se trouve en dehors des prévisions des art. 2 et 62, lesquels ne concernent pas les droits nés de faits ou de conventions passés au cours de la procédure. Les dispositions spéciales dérogent aux principes généraux. Le législateur de l'Afrique occidentale (art. 122) et Madagascar (art. 121) ont pris soin pour éviter l'équivoque de rappeler la dérogation dans les textes qui prévoient les effets de purge de l'immatriculation.

constitué sur l'immeuble au cours de la procédure d'immatriculation et l'expression « il lui est loisible » ne saurait être détachée du contexte « pour prendre rang », les droits constitués en cours de procédure étant ainsi exceptés de la purge prévue par l'article 62.

Madagascar.

87. — Le nouveau texte de Madagascar permet l'inscription sur le registre des oppositions, après l'expiration des délais d'opposition de droits nés après l'ouverture de la procédure, à condition qu'ils soient tenus soit du propriétaire requérant l'immatriculation, soit des personnes déjà inscrites, à l'exclusion des revendications d'opposants (art. 100).

A la différence du Maroc, et ce qui supprime toute difficulté, il est prévu (art. 121) que ces droits peuvent être inscrits même après l'achèvement de la procédure, sous réserve de ne pas préjudicier à d'autres droits déjà inscrits et de ne prendre rang qu'à compter de leur inscription. L'inscription sur les registres des oppositions n'a d'autre effet que celui de donner un rang préférable au droit acquis.

Conclusion

Les nécessités de l'immatriculation exigent seulement que les droits existant sur l'immeuble soient établis d'une manière indiscutable au jour du dépôt de la réquisition, mais n'imposent nullement qu'à compter de cette date jusqu'au jour où l'immatriculation est prononcée, l'immeuble reste indisponible entre les mains du requérant. Les actes et conventions qui se produisent du fait du requérant durant cette période doivent pouvoir être inscrits à leur date ou postérieurement à l'établissement du titre puisque loin d'affecter la validité de ses droits, ils en affirment et en consacrent l'existence. Cependant ces droits n'ayant pas subi l'épreuve d'un débat contradictoire, ne doivent pas quant à leur force probante, bénéficier de l'autorité absolue qui s'attache aux droits qui ont fait l'objet d'une mesure de publicité (voir *infra,* n° 162).

La plupart des législations foncières ont réglementé cette période de préimmatriculation en s'inspirant de ces principes : il est cependant regrettable que le législateur marocain n'ait pas cru devoir achever cette réglementation, comme les autres législateurs, en omettant de faire référence à la faculté laissée au titulaire d'un droit acquis du requérant de s'inscrire après l'achèvement de la procédure, dans les dispositions qui règlent les effets de purge de l'immatriculation. Cette précaution eut évité des difficultés et des interprétations contestables ; on peut regretter également que le législateur gabonnais à l'occasion de la refonte de la législation foncière, n'ait pas cru devoir réglementer cette période transitoire.

Section IV

L'immatriculation collective

L'immatriculation collective a été instituée pour la première fois par la Tunisie en 1964 (décret-loi du 20 février 1964), Madagascar à son tour l'a instaurée par la loi du 18 décembre 1967.

Cette procédure a pour but d'étendre l'immatriculation à tous les immeubles du pays, selon un mode accéléré, un formalisme réduit et à moindre frais, de façon à clarifier une fois pour toutes, rapidement, la situation immobilière nationale. Il en résulte que les propriétaires ne peuvent en principe s'y soustraire et qu'il n'y a jamais de rejet.

Le caractère obligatoire de la procédure est expressément affirmé par le texte tunisien (art. 1er), il peut être déduit du texte malgache. L'immatriculation ne peut être que progressive à raison de l'importance du travail à accomplir et de la faiblesse relative des effectifs de magistrats et de topographes.

A la différence de la procédure normale, la procédure collective n'est pas déclenchée par le dépôt d'une réquisition, mais par la publication d'un arrêté ministériel ouvrant les opérations cadastrales pour une région déterminée.

I. — L'immatriculation collective en Tunisie

88. — Les formalités sont simplifiées. Ainsi, il n'est prévu que trois insertions au *Journal Officiel* pendant toutes les opérations, non pas par immeuble, mais pour l'ensemble des immeubles à immatriculer de la région : l'une concerne l'arrêté ministériel fixant la date d'ouverture des opérations de délimitation, la deuxième se situe à la fin des opérations de délimitation, elle fixe le point de départ du délai d'un mois pour faire opposition, la troisième annonce la clôture des opérations cadastrales et provoque la destruction des titres traditionnels.

Cette publicité est complétée par un affichage au siège de la juridiction cantonale et au siège de la délégation. En outre, et pour la première fois, est utilisée la diffusion par la presse et par la radio. Ce dernier mode de publicité n'est pas négligeable à raison de la prolifération des transistors dans les campagnes.

La délimitation du secteur se fait en présence du cheikh et de deux propriétaires qui perçoivent les uns et les autres une indemnité journalière. La reconnaissance des droits est l'œuvre d'une équipe composée d'un juge commissaire désigné par le président du Tribunal immobilier, assisté d'un greffier et d'un agent du service topographique.

Le juge procède à une enquête pour chaque immeuble, il le

délimite en appliquant les titres et certificats de possession, puis il dresse un état général des immeubles recensés avec les oppositions qu'il n'est pas parvenu à réduire. Cet état est déposé au siège de la juridiction et de la délégation du lieu. Ce dépôt est publié.

La tâche du juge commissaire est délicate ; du soin qu'il apportera à la remplir dependra en partie le succès de la procédure. Ce qui est important et ce qu'il convient de souligner c'est que pour tous les immeubles en cause, le juge se transporte sur les lieux. Cette mesure est le fruit d'une longue expérience de la procédure d'immatriculation en Tunisie, elle ne peut être remplacée par rien et devrait inspirer tous les pays régis par le même système.

Si dans le délai abrégé d'un mois il n'y a pas eu d'opposition, le délai normal d'opposition est de deux mois (art. 324), le président de la commission cadastrale, un magistrat, immatricule, s'il estime la situation juridique de l'immeuble assez nettement établie.

S'il existe des oppositions ou une situation juridique embrouillée, le Tribunal immobilier est saisi, en audience foraine. Les parties sont convoquées huit jours à l'avance au moins. Le tribunal statue, après avoir ordonné toute mesure d'instruction utile.

Les décisions du Tribunal ne peuvent être l'objet d'aucun recours (art. 332). Si l'absence de toute voie de recours contre les décisions du Tribunal immobilier a soulevé depuis longtemps de vives critiques (68), alors cependant que jusque-là la juridiction siégeait dans un centre, où les dossiers ont le temps d'être soigneusement préparés par les parties, combien elles devraient être plus vives lorsque les décisions sont rendues en audience foraine, au cours desquelles les procédures sont expédiées, sans que les parties aient eu souvent le temps de réunir tous leurs titres et de préparer tous leurs moyens. Une voie de recours devraient être au moins admise pour ces procédures accélérées.

La grande innovation est la gratuité de la procédure collective (art. 15 du décret de 1964). C'est là un élément certain du succès de l'institution. L'Etat tunisien est le seul à avoir consenti ce sacrifice financier. C'est que la clarification de la situation foncière présente en effet en Tunisie une garantie essentielle de paix publique. Des bagarres éclatent fréquemment entre les tribus lors des labours et des moissons au sujet de droits fonciers.

La procédure collective n'exclut pas pour autant la possibilité pour les particuliers de demander l'immatriculation de leur bien par la voie normale, à leurs frais, si toutefois il s'agit d'un immeuble urbain ou d'un immeuble situé hors d'une zone délimitée en vue de la procédure collective (art. 11).

---

(68) Soulmagnon, *La loi tunisienne du 1er juillet 1885*, p. 82.

II. — L'immatriculation collective à Madagascar

88 *bis.* — A Madagascar, le texte de base a été pris ; c'est la loi du 18 décembre 1967, mais les textes d'application tardent à paraître, seul un décret réglant les opérations de délimitation est sorti le 21 mai 1968, de sorte que pour l'instant la procédure collective reste à l'état de projet.

Les propriétaires malgaches auront la faculté pour établir leurs droits soit de revendiquer les dispositions de la loi de 1896, soit les articles 18 et 26 de la loi du 15 février 1960 relative au domaine privé national, plus avantageux puisqu'ils n'exigent qu'une mise en valeur remontant à 10 ans et non pas à 75 ans, selon une jurisprudence que nous avons critiquée (*supra,* n° 67 *bis*). Mais ce qui est essentiel de souligner, c'est que dans ce dernier cas la constatation de la mise en valeur ne sera pas appréciée discrétionnairement par l'administration comme le prévoit le texte de 1960 pour les procédures individuelles, *mais judiciairement* (art. 77 de la loi du 18 décembre 1867) par des juridictions qui seront instituées.

En fait, cette immatriculation n'est que « la reprise de l'ancienne procédure cadastrale, avec cette différence fondamentale — heureuse innovation — que le titre délivré sera un titre foncier d'immatriculation, mais non plus une matrice cadastrale » (69), et l'on peut ajouter, libre de toute charge d'inaliénabilité.

Il s'ensuit que les juridictions rappelleront les tribunaux terriers qui statuaient en matière cadastrale en se transportant sur les lieux comme en Tunisie, mais leurs décisions seront rendues à charge d'appel. Le pourvoi en cassation sera peut-être ouvert aux parties qui verront ainsi leurs droits sérieusement garantis.

Malheureusement la procédure n'est pas gratuite, comme en Tunisie. On peut espérer toutefois que les frais ne seront pas très élevés, faute de quoi ce mode d'immatriculation se heurterait à des obstacles sérieux.

La procédure est obligatoire, puisqu'il est prévu, en termes comminatoires que « les insertions et publications constituent pour tous les intéressés une mise en demeure d'avoir à établir les droits auxquels ils peuvent prétendre. Faute par eux de ce faire, ils sont déchus de tous droits, sans pouvoir prétendre à une compensation, indemnités ou dommages et intérêts de quelque nature que ce soit ». (70).

---

(69) Rakotomananjean, *op. cit.* « Note de la dernière heure. »
(70) Art. 3 du décret du 21 mai 1968.

CHAPITRE II

L'INSTANCE D'IMMATRICULATION

La procédure d'immatriculation suppose d'abord connues les autorités chargées d'immatriculer. Ces autorités déterminées, la procédure suivie devant elles est plus ou moins simple suivant que les mesures de publicité ont révélé ou l'existence d'oppositions ou des demandes d'inscription.

Section I

Les autorités chargées de l'immatriculation

Suivant l'autorité qui est chargée de décider l'immatriculation, on distingue trois systèmes :

1° L'immatriculation administrative ;

2° L'immatriculation judiciaire ;

3° L'immatriculation mixte.

Le choix s'est opéré suivant l'état de la propriété foncière du pays considéré et surtout suivant les buts poursuivis par le législateur.

La procédure de l'immatriculation a toujours en effet obéi à deux impératifs peu conciliables : immatriculer le plus vite et le plus possible, et ne léser personne.

L'immatriculation administrative, par le conservateur le plus souvent, est incontestablement la plus rapide ; elle convient aux pays neufs où le sol est peu approprié et où l'immatriculation des terres ne présente pas de difficultés particulières.

Par contre dans les pays où la propriété est très morcelée, les droits mal définis ou enchevêtrés, où les incapables et les

absents sont nombreux, l'immatriculation judiciaire offre plus de garanties, mais elle exige du temps pour procéder à toutes les vérifications nécessaires.

L'immatriculation mixte a voulu concilier les avantages des deux premières : elle est administrative pour les affaires qui ne présentent pas de difficultés apparentes, en l'absence d'opposition, et judiciaire pour celles qui présentent un aspect litigieux. En réalité, ainsi que nous le verrons, l'expérience montre qu'assez fréquemment l'absence d'opposition ne suffit pas toujours à fonder les droits du requérant.

A. — Immatriculation administrative

L'immatriculation administrative évolue, à côté d'une immatriculation traditionnelle par le conservateur, se développe une immatriculation moderne par l'administration inspirée par des préoccupations nouvelles.

I. — L'immatriculation par le conservateur

89. — Dans ce système, le conservateur immatricule seul, en l'absence de contestation ; en cas de litige, le règlement de l'opposition est renvoyé devant le tribunal, qui ne statue pas sur l'immatriculation.

A première vue ce système devrait s'imposer, l'immatriculation des immeubles paraît être du ressort de l'administration : le recensement, la délimitation des immeubles et l'établissement des titres fonciers certifiant, en dehors de toute contestation, les droits de propriété sur l'immeuble, constituent des formalités qui, en principe, devraient relever de l'administration.

C'est le système de l'Act Torrens.

Le Registrar général siège dans la capitale. Il jouit dans l'accomplissement de ses fonctions de pouvoirs étendus. Il peut discuter la validité des titres, faire comparaître devant lui, sous peine d'amende, les personnes qu'il estime utile d'entendre et même leur déférer le serment. Il envoie des avis nominatifs aux personnes qui lui paraissent plus ou moins intéressées par la procédure, le plus souvent aux propriétaires riverains, en leur impartissant un délai qui peut aller d'un mois à une année. Son rôle peut se comparer à celui d'un conservateur allemand qui est un véritable juge exerçant des pouvoirs judiciaires (1).

Si une opposition se produit, le Registrar suspend la procédure jusqu'à ce que le requérant lui apporte main-levée judiciaire amiable de la procédure, à la suite de laquelle, l'immatriculation est opérée.

---

(1) Ch. Gide, *Bull. de législation comparée*, 1886, p. 288.

Le Maroc et l'Afrique occidentale s'inspirant du régime australien ont adopté l'immatriculation administrative, mais sans doter cependant les conservateurs des pouvoirs d'investigation étendus du Registrar général. Les décisions de rejet du conservateur peuvent faire l'objet d'un recours judiciaire (*infra,* n° 271).

Le Maroc.

90. — A l'arrivée des Français, la situation foncière se présentait au Maroc sous une forme anarchique et confuse.

Le Maroc se divisait en pays soumis à l'autorité du Sultan, le bled Makhzen qui comprenait les villes et les plaines, où l'on trouvait des biens domaniaux, des propriétés individuelles, Melk, et des propriétés collectives d'origine familiale, d'une part, et, d'autre part, en régions montagneuses insoumises pour la plupart, objet de luttes incessantes soutenues par les sultans contre les féodaux ou chefs de bandes qui se disputaient les terres.

Dans le bled Makhzen, l'absence de cadastre, d'actes de notariat précis, d'une justice civile organisée, donnait une grande insécurité à la propriété foncière ; dans les régions élevées, en état de rebellion permanent, s'ajoutait encore l'instabilité de la possession.

La France voulut remettre de l'ordre et faire vite : l'incertitude des titres, l'irrégularité des transactions, les méfaits des possesseurs de mauvaise foi, faisaient obstacle à la mise en valeur du sol et au développement économique du pays. A cette confusion venait s'ajouter l'arrivée des spéculateurs avides. Pour ces diverses raisons, l'immatriculation administrative fut choisie et confiée au conservateur.

A vrai dire, à l'origine, le dahir du 12 août 1913 en ses articles 38 et 39, autorisait le tribunal lorsqu'il était saisi d'une opposition, à statuer sur l'immatriculation et à rejeter ou à admettre tout ou partie de la réquisition, mais très vite, le dahir du 24 septembre 1917 a retiré au tribunal le pouvoir de statuer sur les droits du requérant pour le confier au conservateur seul (2).

Plus tard, le dahir du 2 août 1954, dans le but d'accélérer la procédure, obligea les opposants à produire leurs titres devant le conservateur, dans le délai de trois mois à compter de la mise en demeure, à peine de forclusion. Le conservateur se substitue ainsi au juge et peut après enquête décider le maintien de cette opposition ou la considérer comme non avenue, dans ce cas cependant, sa décision est susceptible de recours.

Cette interdiction faite aux opposants de produire leurs titres et documents devant le tribunal qui ne concerne pas le requérant,

(2) Il subsiste dans le dahir foncier un vestige des dispositions antérieures. V. *infra,* n° 121.

a fait l'objet de vives critiques, très justifiées, car elle apparaît comme limitant le pouvoir d'investigation et d'appréciation du juge, et le justiciable ne parvient souvent pas à comprendre que le tribunal écarte un document parce qu'il n'a pas été présenté d'abord à l'administration (3).

De son côté, la jurisprudence marocaine dans le but de favoriser l'immatriculation des terres, assignait à l'opposant le rôle de demandeur et l'obligeait à rapporter la preuve de ses droits à l'encontre du requérant, non soumis comme défendeur à l'obligation de faire la preuve de son droit de propriété, créant ainsi une véritable prime à la course à l'immatriculation.

Afrique occidentale.

91. — Comme au Maroc, en Afrique occidentale, au Cameroun et au Togo le conservateur a seul qualité pour décider de l'immatriculation de l'immeuble (4). Le tribunal saisi d'une opposition doit se borner à apprécier si elle est fondée ou non, sans pouvoir prononcer l'immatriculation, acte administratif qui rentre dans la compétence du conservateur de la propriété foncière : « seul chargé d'apprécier la régularité des titres, leur exacte application sur le terrain et l'accomplissement des formalités prescrites par les textes. » (5). Le tribunal sortirait de ses attributions s'il déclarait la réquisition irrégulière (6) ou s'il recevait une opposition sur la seule considération que la réquisition est irrégulière, et, à plus forte raison s'il ordonnait l'immatriculation au nom des opposants (7).

A première vue, ce mode d'immatriculation devait convenir à ces vastes territoires, occupés par des populations clairsemées et économiquement très peu développées, où la colonisation pouvait donc espérer s'insérer sans difficultés. En réalité, il devait se heurter à une tenure foncière traditionnelle qui ignorait à peu près totalement le droit de propriété individuelle, mais qui, par contre, connaissait une grande diversité de droits allant du droit d'usage et de la servitude à des droits d'usufruit plus ou moins permanent sur le sol, en passant par la redevance reconnue au profit du « Maître de la terre » (*supra*, n° 19) inconnus du texte foncier.

II. — L'immatriculation par l'administration

92. — Depuis l'Indépendance, une forme nouvelle d'immatriculation a pris naissance qui traduit le désir légitime de pays insuf-

(3) Roché, *op. cit.*, p. 218.
(4) Art. 100 en Afrique occidentale et art. 80 au Togo.
(5) Dakar, 26 juillet 1935.
(6) T.S.A., Lomé, 12 septembre 1960.
(7) Dakar, 12 avril 1948, Pen. 1951, I, p. 10.

fisamment développés de sortir de leur pauvreté. La mise en valeur du sol devient pour certains Etats la pierre angulaire de leur politique domaniale et conditionne la reconnaissance du droit de propriété et la délivrance du titre. Ni le conservateur, ni le juge ne paraissent qualifiés pour la constater. C'est ainsi qu'une législation nouvelle a été élaborée à Madagascar d'abord (*supra*, n° 27) ou suivie en fait en Côte d'Ivoire (*supra*, n° 29).

La constatation de la mise en valeur est faite par une commission composée en partie de techniciens qui garantissent le sérieux de la mise en valeur, la présidence est confiée au sous-préfet, à Madagascar ou à un administrateur au Cameroun. La nuance politique n'est intervenue à Madagascar que par le décret du 8 mai 1963, jusque-là la commission était présidée par le représentant des domaines.

La commission est complétée à Madagascar par le maire de la commune, un fonctionnaire de l'agriculture, un fonctionnaire des forêts et un opérateur du service topographique (art. 1er) ; au Cameroun, l'élément professionnel est plus étoffé et comprend des fonctionnaires des domaines, du cadastre, de l'agriculture et des travaux publics, mais aucun représentant de la population locale, ce qui est sans doute une erreur (art. 4 du décret du 25 novembre 1966).

Dans l'un comme dans l'autre pays, la commission se borne à émettre un avis motivé, mais ne tranche pas. La décision appartient, au Cameroun, au Secrétaire d'Etat chargé du domaine, tandis qu'à Madagascar suivant l'étendue du terrain revendiqué c'est le préfet, jusqu'à 50 ha, le ministre chargé des domaines jusqu'à 500 ha, le chef du gouvernement, en conseil des ministres au delà.

Appréciation critique de l'immatriculation administrative

L'immatriculation administrative appelle des réserves

L'immatriculation par le conservateur.

93. — En général, le conservateur n'est pas outillé pour instruire en profondeur une affaire d'immatriculation. Il se borne à un examen de forme. Il vérifie si le dossier, régulièrement constitué, est complet, après quoi, s'il n'y a pas d'opposition, il immatricule ; s'il en existe, il attend qu'elles soient réglées pour immatriculer.

Ce n'est qu'au Maroc que la faculté est prévue pour le conservateur de faire une enquête par lui-même ou par son délégué sur les lieux (art. 20 du dahir foncier), mais en fait, il semble que bien que juridiquement armé pour procéder à toutes les mesures d'instruction, le conservateur se cantonne dans son travail de bureau (8). Partout ailleurs, le conservateur n'a ni les moyens juridiques, ni

(8) Birot, *op. cit.*, p. 23 et Roché, *op. cit.*, p. 212.

les moyens matériels de procéder à des investigations, c'est un sédentaire.

L'immatriculation administrative présente un autre inconvénient. Elle provoque la dissociation de l'administratif et du judiciaire en cas d'opposition. S'il se produit une opposition, en effet le conservateur doit surseoir à statuer, et renvoyer devant le tribunal pour qu'elle y soit réglée, mais il conserve le pouvoir, qu'il a seul, de décider s'il y a lieu d'immatriculer (9).

Cette dissociation met le tribunal dans une situation fausse, car son examen se réduit au cadre de l'opposition, sans qu'il ait pouvoir de vérifier la réalité des droits du requérant autrement qu'à l'égard de l'opposant, celui-ci prend figure de demandeur, et comme tel est tenu de faire la preuve de son droit, tandis que le requérant, défendeur, n'est tenu à rien.

Hors de l'opposition, c'est le conservateur qui, seul, a la charge d'apprécier le bien fondé de la demande d'immatriculation, il devient juge foncier, rôle pour lequel il est d'autant moins qualifié que, quelle que soit sa conscience professionnelle, il est lui-même intéressé au succès de la procédure puisque ses émoluments ne lui sont acquis qu'après immatriculation. Il y a donc incompatibilité radicale entre les fonctions de conservateur et celles d'autorité immatriculante.

II. — L'immatriculation par l'administration

La nouvelle procédure d'immatriculation administrative instaurée, appelle encore plus de réserves.

La difficulté est d'abord de réunir des commissions de constat dont la composition est assez lourde. La pratique révèle, notamment à Madagascar, que le sous-préfet absorbé par la multiplicité de ses tâches, ne peut conserver suffisamment de temps à ses nouvelles fonctions. La cadence des immatriculations s'en ressent.

D'autre part et surtout, la recevabilité de la demande est prononcée par une haute instance administrative, qui statue sans appel, « souverainement » à Madagascar et décide ainsi du droit de propriété. Il s'ensuit que si justifiée que puisse être une décision de rejet, ou même d'admission, elle présentera toujours, à raison de son caractère discrétionnaire, un relent d'arbitraire qui peut être vite exploité et contre lequel il ne sera pas toujours aisé de se défendre.

Ce sentiment risque d'être encore plus vif à Madagascar où

(9) Au point que si, malgré l'instance engagée, le conservateur procédait à l'immatriculation de l'immeuble, comme il agirait en vertu d'un pouvoir propre, l'immatriculation resterait valable quel que soit l'événement de la procédure sous réserve, bien entendu, de la responsabilité du conservateur. Comp. Rabat, 30 novembre 1920, R.A. 1921, 83 ; Pen. Maroc 1921, 160.

les Malgaches, très attachés à la terre, ont connu l'immatriculation judiciaire dont ils ont coutume d'épuiser les recours pour défendre leurs droits.

Au Cameroun même, s'il fut un temps où les Africains s'inclinaient passivement devant les décisions de l'administration, le développement de l'instruction, l'évolution sociale ont progressivement développé l'esprit critique. Il n'est pas exclu qu'à la longue un vent d'impopularité puisse s'élever pour condamner l'institution.

B. — Immatriculation judiciaire

94. — L'immatriculation des terres a été remise depuis les origines à la justice en Tunisie et en Afrique centrale.

Pendant le Protectorat, en Tunisie, l'immatriculation avait été confiée ainsi que nous l'avons vu (*supra,* n° 14) à un Tribunal mixte, juridiction tunisienne, émanant de l'autorité du Bey. Cette juridiction unique avait le monopole de l'immatriculation, non seulement du contentieux, mais aussi de l'administration, c'est-à-dire de l'immatriculation des terres en l'absence de tout litige.

Le Tribunal mixte composé de magistrats particulièrement qualifiés, s'était attaché non pas à la seule vérification formelle du dossier, ainsi qu'a tendance à le faire le conservateur, mais à la vérification au fond des droits du requérant même en l'absence de toute opposition. Pour cet examen, le Tribunal s'était arrogé de véritables pouvoirs discrétionnaires en désignant notamment un juge rapporteur pour chaque affaire doté des pouvoirs d'instruction les plus larges. Ce magistrat a notamment, sous le contrôle du tribunal, multiplié les transports sur les lieux, mesure qui s'est révélée d'une étonnante efficacité.

La fin du Protectorat a amené le remplacement du Tribunal mixte dont la composition ne cadrait plus avec la souveraineté nationale par un Tribunal immobilier (*supra,* n° 30).

En Afrique centrale, l'immatriculation est également judiciaire. Récemment, le Gabon en rendant l'immatriculation obligatoire, a maintenu aux tribunaux le pouvoir d'ordonner l'immatriculation (loi du 8 mai 1963). Malheureusement, le texte a conservé en son article 25 l'immatriculation quasi-automatique par ordonnance du président du tribunal après un contrôle simplement formel, en l'absence d'opposition, du texte ancien (article 20, décret 28 mars 1899 pour le Congo). Il eût été préférable de laisser au magistrat avant de statuer, la faculté de se transporter sur les lieux, car ainsi que nous le verrons (*infra,* n° 96) une affaire sans opposition n'est pas fatalement saine.

C. — Immatriculation mixte

95. — Dans ce régime, le pouvoir d'immatriculation est reconnu au conservateur, lorsque l'affaire ne présente pas de diffi-

culté, et au tribunal lorsqu'il y a opposition ou que le conservateur estime que la réquisition doit être rejetée. L'immatriculation est ainsi tantôt administrative et tantôt judiciaire.

Cette immatriculation n'existe qu'à Madagascar. A l'origine l'immatriculation y était exclusivement judiciaire, puis le décret du 15 août 1934 a donné pouvoir au conservateur d'immatriculer lui-même, s'il estimait que la procédure ne présentait pas de difficulté, sinon il doit en laisser la responsabilité au tribunal. La juridiction est alors saisie de toute la procédure d'immatriculation et non pas seulement des mérites de l'opposition, comme en Afrique occidentale et au Maroc. Le conservateur est complétement déssaisi.

Le législateur a cédé, lors de cette réforme, à l'impératif de la célérité avec les risques qu'elle comporte car ainsi que nous le verrons, l'absence d'opposition n'implique pas d'une façon certaine, la réalité des droits du requérant (*infra,* n° 96).

Cette formule offre cependant l'avantage, sur l'immatriculation purement administrative, de permettre aux tribunaux de statuer dans de meilleures conditions en appréciant dans leur ensemble les droits du requérant ; elle substitue la garantie judiciaire à la garantie administrative, mais seulement lorsque la procédure est litigieuse.

Section II

Immatriculation sans litige

96. — Le principe est admis partout, sauf en Tunisie et en Afrique centrale, qu'en l'absence d'opposition ou de demandes d'inscriptions litigieuses, le conservateur procède lui-même à l'immatriculation de l'immeuble (10).

Dans ce cas, le conservateur se borne ainsi que nous l'avons vu (*supra,* n° 93) à un contrôle de forme. Il vérifie avec une grande conscience, en général, la régularité des pièces produites, s'assure que toutes les publicités ont été faites, après quoi, en l'absence d'opposition, il immatricule.

Or l'expérience révèle que les dossiers les plus achevés, les plus complets, recèlent des abus et des fraudes que l'absence d'opposition ne permet pas de révéler. « L'expérience journalière en Tunisie démontre que si l'immatriculation devait être la conséquence de l'absence d'opposition ou de l'expiration des délais impartis aux opposants sans diligence de leur part, le nombre de spoliations serait considérable. » (11).

Certains requérants considèrent comme très naturel de com-

(10) Maroc art. 30, Afrique occidentale art. 106, Madagascar art. 102.
(11) Roché, *op. cit.,* p. 213.

prendre dans leur demande le maximum de terre possible avec l'espoir que les propriétaires voisins ne s'en apercevront pas.

D'autre part, ce qui est plus grave, l'efficacité de la publicité légale, bien que méticuleusement ordonnée et exécutée, reste problématique. L'immensité des espaces, la faible densité de la population, le peu de moyens de locomotion et de transmission diminuent singulièrement la portée de la publicité. Les paysans sont pour la plupart illettrés. Personne ne consulte à la campagne le *Journal Officiel* ou les avis entassés les uns sur les autres à la porte des mairies, pas plus qu'on ne prête attention aux propos souvent inintelligibles des crieurs. Tous ceux qui sont dans l'incapacité de se défendre, les absents, les femmes, les enfants, ne peuvent faire entendre leur voix.

Cette procédure par son caractère expéditif présente donc des risques sérieux de spoliations et d'abus.

Ces principes posés, il convient d'étudier les particularités de la marche de la procédure dans les pays intéressés.

La Tunisie.

97. — En Tunisie, en l'absence d'opposition, le Tribunal immobilier, ne s'attache pas seulement à la régularité formelle du dossier, mais il recherche dans tous les cas si le requérant est vraiment titulaire des droits de propriété qu'il revendique. Le juge rapporteur ouvre le dossier, instruit l'affaire en entendant toutes les parties en leurs explications complémentaires. Très fréquemment, le tribunal ordonne le transport sur les lieux, l'enquête sur les lieux devient « le cœur et l'instrument capital de la procédure ». Le juge délégué a des pouvoirs inquisitoriaux pour rétablir la vérité.

L'importance du transport sur les lieux est telle que l'un des rares cas où elle ait été omise, pour le domaine de l'Enfida, l'immatriculation prononcée a abouti à une vaste spoliation (12).

Cependant, dans l'ensemble en Tunisie, les résultats ont été excellents puisqu'aussi bien après l'Indépendance ainsi que nous l'avons vu (*supra,* n° 30), l'immatriculation des terres a été rendue obligatoire.

Le Maroc.

98. — Au Maroc, en l'absence d'opposition, le conservateur contrôle en la forme la régularité du dossier. Il a la faculté, cependant, ainsi que nous l'avons vu, de procéder à une enquête sur le bien fondé de la demande et même de se transporter sur les lieux, mais il n'en abuse pas (*supra,* n° 93). Et cependant, en Afrique du Nord, outre toutes les raisons que nous avons exposées, ce dépla-

(12) Roché, *op. cit.,* p. 226.

cement s'impose d'autant plus que très souvent les paysans se séparent difficilement de leurs titres et attendent un transport sur les lieux pour s'en dessaisir.

Au Maroc, même en l'absence d'opposition, le conservateur a un pouvoir propre de rejet (art. 30) s'il estime que les titres du requérant sont insuffisants (13) ou la demande irrégulière.

Mais le pouvoir très étendu ainsi reconnu au conservateur a pour correctif le recours devant le tribunal accordé à tout intéressé par l'art. 96 du dahir foncier et le conservateur responsable de sa décision doit être maintenu en cause (14), il en serait notamment ainsi si, après une décision judiciaire, le conservateur refusait de titrer (15).

La procédure d'immatriculation a donné lieu au Maroc à des spoliations et à des abus qui ont été dénoncés à maintes reprises (16).

L'Afrique noire.

99. — Au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Dahomey (art. 106-116 du décret du 26 juillet 1932), au Togo (art. 80-91 du décret organique du 24 juillet 1906) au Cameroun (art. 92-96 du décret du 20 juillet 1932), c'est le conservateur seul qui immatricule en l'absence d'opposition ; comme le conservateur de la propriété foncière du Maroc, il a un pouvoir de rejet, mais dans ce cas un recours est ouvert aux intéressés par des textes spéciaux.

Le transport sur les lieux du conservateur n'est pas prévu et il ne lui est pas confié de pouvoirs instructionnels. Et pourtant en Afrique noire plus qu'ailleurs, cette mesure d'information s'imposerait.

En effet, non seulement, il existe sur le sol de l'Afrique noire toute une série de droits plus ou moins bien définis, au point que l'on a pu dire qu'il n'existait pas un pouce de sol libre (*supra*, n° 19), mais pour la sauvegarde de ces droits, les titulaires s'abstiennent de faire opposition, soit qu'ils ignorent l'existence de la procédure, soit qu'ils se méprennent sur ses effets, convaincus qu'aucune atteinte ne peut être portée d'une manière définitive à des droits ancestraux protégés par la coutume, à la faveur d'une procédure à laquelle ils n'ont pas été liés.

Il n'est pas impossible que certaines décisions d'immatriculation préjudiciables soient à l'origine d'une certaine défiance, voire d'une certaine hostilité des milieux africains à l'égard du système des livres fonciers.

(13) Rabat, 1er décembre 1934, VIII, 152.
(14) Rabat, 23 février 1927, I, 125.
(15) Rabat, 28 mai 1941, XI, 185.
(16) Roché, *op. cit.*, p. 211.

Madagascar.

100. — A Madagascar, à l'origine, l'immatriculation en l'absence d'opposition, était exclusivement judiciaire, technique, inspirée par le système foncier prussien. Depuis le décret du 15 août 1934, la procédure s'est scindée. En l'absence d'opposition, le conservateur immatricule, mais s'il se présente une difficulté ou s'il estime qu'il doit rejeter la réquisition, le conservateur peut recourir au président du tribunal qui statue, en jouissant pour apprécier les droits du requérant d'un pouvoir discrétionnaire. S'il rend une décision de rejet ou une décision non conforme, appel peut en être interjeté.

Cette réforme dans son ensemble n'a pas été heureuse, car l'immatriculation sans enquête préalable sur les lieux est une source de spoliations et d'abus. Madagascar n'y a pas échappé (*supra*, n° 28). Mais le mal a été moins grand qu'ailleurs parce que les malgaches connaissaient avant notre arrivée, le droit de la propriété individuelle à côté de la propriété collective et ont, en plus, un sens inné de la défense de leurs droits sur le sol.

Le recours judiciaire, en cas de difficulté ou pour prévenir un rejet, offre cependant l'avantage d'éviter à l'intéressé le sentiment d'être parfois victime d'un acte arbitraire de l'administration.

Section III

Immatriculation litigieuse

101. — Tous les pays admettent l'intervention de la justice lorsqu'il se produit une opposition ou une demande d'inscription, mais cette intervention a des effets plus ou moins étendus selon les Etats, suivant qu'elle opère ou non transfert à la juridiction saisie du pouvoir de prononcer l'immatriculation.

La compétence de cette juridiction peut encore être modifiée suivant qu'il existe ou non au moment du dépôt de la réquisition des instances concernant l'immeuble pendantes devant la juridiction de droit commun.

La question de compétence réglée, quelle loi va s'appliquer à l'immeuble le tribunal chargé du contentieux de l'immatriculation ?

La marche de la procédure jusqu'au jugement définitif sera ensuite abordée. Elle est dominée par l'existence d'une procédure écrite dont la pièce maîtresse, sauf au Maroc, est la requête introductive d'instance. L'autorité du jugement rendu en matière d'immatriculation présente un aspect particulier, comme les voies de recours qui peuvent y porter atteinte.

Tous ces points vont être successivement examinés.

I. — La juridiction de l'immatriculation

102. — Le contentieux de l'immatriculation est réglé suivant les pays par deux ordres de juridiction différents, chez les uns, les tribunaux n'ont pouvoir que de trancher les litiges nés d'interventions, sans statuer sur l'immatriculation, ainsi en est-il au Maroc, en Afrique occidentale, au Cameroun et au Togo, chez les autres, ces interventions ont pour effet de transférer aux tribunaux le pouvoir de satuer sur l'immatriculation de l'immeuble, quand ils n'en sont pas saisis directement comme en Tunisie et au Gabon, c'est le cas du Congo, de la République Centrafricaine et du Tchad. A Madagascar, on trouve les deux systèmes de juridiction.

Dans le premier groupe, l'immatriculation reste administrative, soit que le conservateur de la propriété foncière y procède, soit comme à Madagascar en matière domaniale, que la décision relève d'une autre autorité (*supra,* n° 67 bis).

Dans tous les cas, la compétence de la juridiction de l'immatriculation est limitée.

D'une part, ainsi que nous le verrons, ces tribunaux ne peuvent connaître des actions personnelles et mobilières, même accessoires au procès, ni des actions provisoires et urgentes ou des actions possessoires.

D'autre part, un autre principe, vient encore réduire leur compétence : le tribunal de l'immatriculation n'est compétent que pour statuer sur les litiges entre opposants et requérants et non entre les opposants eux-mêmes. Les droits que les opposants ont à faire valoir les uns contre les autres demeurent entièrement réservés et peuvent faire l'objet d'un procès devant la juridiction de droit commun (17) et même devant le tribunal d'immatriculation, si une nouvelle réquisition est déposée.

Toutefois, récemment, la Cour suprême du Maroc a décidé que le tribunal foncier était compétent pour statuer sur les conflits qui s'élèvent entre opposants, mais seulement dans le cas où ils portent sur une parcelle distraite de la réquisition (18), et, ce dans le but de réduire les procédures et d'accélérer l'apurement des terres.

A. — Tribunaux chargés de juger seulement les interventions

103. — Au Maroc (19) et en Afrique occidentale, les tribunaux saisis par le conservateur d'une opposition ou d'une demande d'inscription, ne peuvent jamais, à cette occasion, prononcer l'imma-

---

(17) Rabat, 15 janvier 1924, Pen. Maroc 1924, 93.

(18) Cour suprême du Maroc, 25 juin 1963, *Revue marocaine de droit,* 1964, p. 355, voir n° 123, note.

(19) Toutefois, au Maroc, assez contradictoirement, puisque le texte n'autorise pas le tribunal foncier à connaître du bien-fondé de la réquisition, l'art. 48 du dahir dispose : « Toute réquisition d'immatriculation ou toute opposition reconnue abusive, vexatoire ou de mauvaise foi,

triculation de l'immeuble, acte administratif qui relève de la seule compétence du conservateur (20).

Il en est de même à Madagascar, en matière domaniale, où la décision n'appartient pas à l'autorité judiciaire (art. 22 de l'ordonnance du 15 février 1960). Mais il nous est revenu qu'il se produit en fait d'assez fréquentes confusions d'attributions (*supra*, n° 67 bis), entretenues par la possibilité pour les mêmes juridictions de statuer sur l'immatriculation, lorsqu'il est fait application de la loi de 1896.

La saisine limitée de la juridiction en interdisant au tribunal de statuer sur la légitimité des droits du requérant, rend la situation de l'opposant qui doit seul faire la preuve de ses droits au contentieux, plus délicate (*supra*, n° 72).

B. — Tribunaux d'immatriculation

104. — A la différence des juridictions précédentes, le tribunal d'immatriculation doit, lorsqu'il est saisi d'un litige relatif à un intervenant, après l'avoir tranché, et au cas où la réquisition est maintenue en tout ou en partie, statuer sur le bien fondé des droits du requérant, alors que les juridictions précédentes n'avaient pas qualité pour le faire.

Le contrôle de la juridiction d'immatriculation se justifie par le fait que le requérant dépose à l'appui de sa réquisition ses titres de propriété et toutes les pièces qui fondent sa demande, ce qui implique qu'il doit faire la preuve de ses droits devant les autorités chargées d'immatriculer (21). Les tribunaux en tirent cette conséquence qu'ils ont reçu de la loi des pouvoirs discrétionnaires à cet effet, les opposants fussent-ils forclos ou déchus (22), la cour d'appel se reconnaît d'ailleurs les mêmes pouvoirs (23).

---

donne lieu contre celui qui l'a formée à une amende de 1 000 F à 100 000 F, sans préjudice des dommages et intérêts envers les parties lésées. *La juridiction saisie de la réquisition d'immatriculation* a qualité pour prononcer l'amende et statuer sur les dommages et intérêts. »

Il s'agit d'un vestige de la législation antérieure qui prévoyait que la juridiction serait saisie en cas d'opposition de tout le dossier et se prononcerait sur l'immatriculation (texte originaire de 1913 modifié par le dahir du 24 septembre 1917).

Cette disposition protège à la fois le requérant et l'opposant, mais, en fait, la pratique montre que seules ont été sanctionnées d'une manière régulière les oppositions inconsidérées, sinon de mauvaise foi. (Pour des exemples d'oppositions abusives v. Caillé, *op. cit.*, p. 90.) A Madagascar, d'ailleurs, la saisine particulière est réservée aux intervenants de mauvaise foi (art. 108).

(20) Art. 116 pour l'Afrique occidentale et 37 pour le Maroc, v. *supra*, n° 91.

(21) C.M., 18 juin 1951 ; Tunis, 17 fév. 1890, R.A. 90, 2, 176 et J.T., 90, 87.

(22) *Supra*, n° 78 et pour la Tunisie T.M., 18 juin 1904, J.T. 104, 529 et 644, 28 décembre 1914, R.A. 16, 2, 98.

(23) *Infra*, n° 139 et C.M., 13 juin 1951.

II. — Saisine de la juridiction de l'immatriculation

a) Litispendance.

105. — Le conflit de compétence se présente lorsqu'antérieurement au dépôt de la réquisition, il existe, devant une juridiction, un litige où le requérant est en cause et qui porte sur l'existence de son droit de propriété ou le sort d'un droit immobilier soumis à inscription. Les solutions sont très variées suivant les Etats.

Tunisie :

En Tunisie, le tribunal immobilier rejette la réquisition, lorsqu'une contestation intéressant directement l'immeuble est pendante devant un tribunal de droit commun par application des principes de litispendance et de connexité.

Une exception est toutefois prévue par la loi (art. 35), elle permet à toute personne citée, par conséquent à tout défendeur de dessaisir le tribunal compétent, en déposant une réquisition d'immatriculation, mais à condition que cette réquisition soit déposée avant toute défense au fond. Par ailleurs, en pratique, lorsque le tribunal saisi doit rendre prochainement sa décision, au lieu de rejeter immédiatement la réquisition, le Tribunal immobilier attend le résultat de la décision (24).

Madagascar :

A Madagascar, la solution est différente. Le dépôt de la réquisition et l'inscription du droit litigieux par voie d'opposition n'ont pas pour effet d'interrompre le cours de la procédure antérieure, ni de dessaisir la juridiction primitivement saisie (25).

Il appartient au conservateur, lorsqu'il immatricule directement (art. 102) ou au Tribunal saisi de l'immatriculation de surseoir à statuer jusqu'à la solution définitive de l'instance ordinaire dont la décision s'impose alors aux autorités chargées de l'immatriculation. C'est la date de la requête introductive d'instance qui devant la juridiction civile malgache fixe la date de la saisine de la juridiction (26).

Mais il est bien sûr indispensable que les autorités chargées de l'immatriculation aient connaissance de l'instance en cours. Aussi l'intéressé doit-il porter l'existence du litige par voie d'opposition

(24) Soulmagnon, *op. cit.*, p. 72. V. T.M., 24 décembre 1896, J.T. 1897, 48 décidant de surseoir à statuer sur la demande d'immatriculation de l'immeuble qui est l'objet d'une procédure antérieure à la réquisition et qui suit son cours normal devant la juridiction compétente.

(25) C.M., annulation 3 juillet 1924.

(26) C.M. 3 juillet 1924.

ou de demande d'inscription à leur connaissance, faute de quoi, l'immatriculation pourrait être ordonnée, sans recours, le jugement rendu restant lettre morte.

Maroc.

Au Maroc, la solution contraire prévaut. Le dépôt de la réquisition d'immatriculation a pour effet de dessaisir toutes les juridictions de droit commun au profit de la juridiction d'immatriculation. La juridiction d'immatriculation a une compétence exclusive (27). Il serait plus exact de parler d'ailleurs de suspension plus que d'un dessaisissement véritable, car la procédure peut reprendre devant la juridiction de droit commun, si l'événement de la procédure le permet, c'est-à-dire si l'instance d'immatriculation n'a pas abouti à la délivrance d'un titre foncier (28).

Là encore, il est nécessaire que la juridiction de droit commun saisie soit avisée de l'existence de la procédure. C'est ainsi qu'il est arrivé au Maroc (29) qu'un cadi ou le tribunal d'appel du Chrâa dans l'ignorance du dépôt de la réquisition aient rendu leur décision après l'immatriculation de l'immeuble ; dans ce cas le jugement prononcé n'a pas l'autorité de chose jugée puisqu'il est intervenu irrégulièrement (30).

Depuis l'Indépendance, la jurisprudence du dessaisissement de toutes autres juridictions s'est maintenue à raison de la spécialité de la juridiction d'immatriculation, mais une précision a été apportée, ce n'est pas le dépôt de la réquisition qui dessaisit le tribunal de Chrâa, mais la transmission du dossier par le conservateur au tribunal spécial d'immatriculation (31), ce qui ne saurait être critiqué.

La solution marocaine offre l'avantage de centraliser tous les litiges ayant trait à l'immeuble devant une juridiction spécialisée et de gagner du temps.

b) Plénitude de la compétence du tribunal d'immatriculation

Le cas de litispendance étant tranché, la question se pose de savoir quelle est la nature de la compétence des tribunaux d'immatriculation et son étendue.

106. — La jurisprudence est unanime : il s'agit d'une compétence d'attribution, d'ordre public. L'incompétence des tribunaux

(27) Caillé, *La procédure judiciaire de l'immatriculation*, 88 ; Rabat, 29 mars 1941, G.T.M., 1941, 877, p. 76.
(28) Rabat, 29 octobre 1942, R.A.C. 1943-1944, p. 76.
(29) Rabat, 30 novembre 1920, R.A. 1921, 83.
(30) Rabat, 29 octobre 1942, R.A.C. 1943-1944, p. 11.
(31) Cour Suprême Ch. Réunies, 20 avril 1960, *Rev. Mar. de droit* 1960, p. 277.

de droit commun doit être prononcée d'office (32) elle ne peut être couverte par les parties car il s'agit d'une règle sur la composition des tribunaux (33) et les tribunaux ordinaires doivent se déclarer incompétents (34).

Toutes les prétentions qui, si elles étaient admises, pourraient affecter la consistance matérielle ou la situation juridique de l'immeuble tel qu'il est décrit dans la réquisition relèvent donc de la compétence de la juridiction d'immatriculation. Cette centralisation a pour objet de permettre à une seule juridiction de procéder à l'examen de tout le contentieux de l'immeuble de façon à apurer sa délimitation matérielle et sa situation juridique.

Le tribunal d'immatriculation doit passer outre aux demandes de renvoi ou de sursis qui pourraient être formées à cet effet devant lui.

Cette compétence d'attribution donne plénitude aux tribunaux d'immatriculation pour apprécier le bien ou le mal fondé des oppositions et statuer sur les droits des opposants. Cette plénitude de juridiction fait une obligation au tribunal d'immatriculation de statuer sur toutes les exceptions et toutes les difficultés qui sont de nature à influer sur le droit de propriété. C'est ainsi que le tribunal d'immatriculation a seul qualité pour statuer sur l'existence, la nature, la consistance et l'étendue d'un droit prétendu par un opposant, sans pouvoir renvoyer ce dernier à faire reconnaître son droit par le tribunal statuant en matière civile (35) ou sur la validité et la portée des contrats qui lui sont soumis (36), ou pour connaître d'une action en retrait (37) ou encore pour statuer sur des actions mixtes (38).

Limites.

La plénitude de compétence de la juridiction chargée du contentieux de l'immatriculation trouve cependant des limites dans les règles de la surséance et dans le règlement des contestations qui n'intéressent pas directement les droits réels.

---

(32) Rabat, 4 avril 1953.
(33) Cass., 21 mai 1948.
(34) C.M., 31 juillet 1930 et 2 juillet 1935 ; Dakar, 16 mars 1951, *Rec. Juris. A.O.F.* 1951 (juillet-octobre), p. 9. C.S.M., n° 4, 14 février 1967.
(35) Rabat, 21 août 1932, VI, 503 ; C.M.S., n° 4 du 14 février 1967.
(36) Rabat, 27 avril 1932, VII, 73 ; C.M., 31 avril 1943.
(37) Rabat, 2 février 1945.
(38) Ainsi d'un droit de propriété sur un bornage litigieux étroitement lié à la validité d'un acte d'adjudication dont l'effet translatif est dénié par les opposants qui se disent propriétaires en vertu d'un droit successoral. Rabat, 8 mai 1929, V, 411, ou de l'action en reconnaissance d'un acte sous seings privés, non enregistré, constatant une vente immobilière qui tend tout à la fois à la constatation de la validité de l'acte et à la reconnaissance du transfert de propriété qui affecte ainsi un caractère mixte, mobilier et immobilier. C.M., 17 février 1955.

1° Surséances.

107. — La règle de la plénitude de la compétence du tribunal d'immatriculation est cependant tenue en échec par l'application des principes généraux. En présence de questions préjudicielles le tribunal d'immatriculation doit surseoir à statuer.

Il en est ainsi notamment :

Dans le cas de faux criminel, qui n'est qu'une application de la règle« le criminel tient le civil en état ». Mais il est nécessaire que la partie qui a produit l'acte ne renonce pas à en faire état, dans ce cas le sursis à statuer ne se justifie plus malgré le dépôt de la plainte en faux criminel devant la juridiction répressive (39). Par contre, en matière de faux incident civil, le juge du principal est juge de l'incident et le tribunal d'immatriculation doit statuer sans renvoi (40) ; le juge peut d'ailleurs décider que la pièce suspecte est sans influence sur la décision du litige et qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer (41).

En matière d'état et de filiation, le tribunal d'immatriculation doit renvoyer la question devant la juridiction civile compétente (42), de même si la qualité d'héritier est contestée (42).

Il faut encore citer les questions préjudicielles de droit administratif.

2° Contestations exclues.

La plénitude de juridiction reconnue aux tribunaux d'immatriculation pour statuer sur le contentieux des immeubles, a cependant des limites. Ainsi leur échappent les litiges relatifs à des droits personnels, les mesures provisoires et urgentes et les actions possessoires.

1) Les droits personnels.

108. — Le contentieux des litiges relatifs à des droits et charges non soumis à la formalité de l'inscription ne sont pas de la compétence des tribunaux d'immatriculation. Ces litiges qu'ils aient pris

(39) Rabat, 12 juin 1929, V, 544.

(40) Cass., 22 juin 1954, I, 211 ; Cass., 21 mai 1948, R. 1949, 12 ; Rabat, 10 octobre 1938, IX, 162.

(41) Rabat, 11 janvier 1927, IV, 119.

(42) C.M., 15 nov. 1943 ; C.M., 6 janvier 1943. Au Maroc la solution semble différente, il a été jugé que le tribunal d'immatriculation doit même retenir les contestations relatives au statut personnel et aux successions soulevées au cours d'un litige et les trancher, mais uniquement pour solutionner le litige (Rabat, 12 juillet 1933, VII, 382 ; 15 février 1930, R. 1930, 633).

naissance avant ou après le dépôt de la réquisition, restent de la compétence des juridictions ordinaires.

Ce sont des contestations relatives à des droits personnels mobiliers, en l'absence de toute contestation sur les énonciations du titre foncier et sur les droits qui en découlent : demande en paiement du prix de l'immeuble ; demande en garantie formée par le requérant contre l'Etat vendeur (43) ; demande d'indemnité réclamée par le riverain du domaine public pour les emprises cédées par lui à l'administration (44) ou encore actions en responsabilité à la suite d'un accident survenu par la ruine d'un immeuble (45), dégats commis par un tiers sur un immeuble (46), dégats commis sur une plantation (47), les actions dérivant d'un contrat de louage, comme la demande en remboursement de loyers induement perçus (48) ou une demande d'expulsion de locataires (49).

Toutefois, par exception, dans certains pays, les tribunaux de l'immatriculation se voient reconnaître le pouvoir de statuer sur les indemnités réclamées par les victimes d'actions abusives.

C'est ainsi qu'au Maroc, l'article 48 du dahir de 1913 protège à la fois le requérant et l'opposant (*supra*, n° 103) ; à Madagascar, la saisine particulière du tribunal d'immatriculation est réservée aux interventions de mauvaise foi seulement (art. 108).

2) Les mesures provisoires et urgentes.

109. — Les mesures provisoires et urgentes ne préjudicient pas le fond, quelle que soit la date à laquelle les faits qui les motivent ont pris naissance, elles restent de la compétence des juridictions de droit commun.

Ainsi le juge des référés reste compétent, les décisions prises par lui ne préjudiciant jamais au fond, malgré l'instance d'immatriculation, et l'opposant ou le requérant peuvent solliciter du juge des référés, une expertise ou un sequestre, notamment la mise sous séquestre sur les terrains litigieux des récoltes pendantes ou effectuées dans l'année, à condition qu'il y ait péril en la demeure et jusqu'à la solution du procès au pétitoire (50).

De même, le tribunal de première instance reste compétent pour connaître de l'action d'un opposant qui ayant demandé l'inscription d'une servitude de passage, tend à faire ordonner la réou-

(43) C.M., 9 septembre 1905, Dar 1907, 248.
(44) Rabat, 12 avril 1927, IV, 184.
(45) Tunis, 13 juin 1892, J.T.T. 1893, 157. Rabat, 21 décembre 1961, R.D.M. 1963, 521.
(46) C.S.M., n° 2, 13 janvier 1964.
(47) C.M., 26 février 1925.
(48) C.M., 27 juin 1923 ; Cass., 11 décembre 1928, R.A. 1929, 235.
(49) Rabat, 31 mars 1950, R.A. 1951, 235.
(50) Dans ce sens Léris Pen. Maroc. 1926, III, 33 et suiv. Rabat, 29 juin 1943, XII, 240. Rabat, 16 octobre 1948, R. 1949, 158.

verture du passage par les requérants, avant la solution de l'instance d'immatriculation (51), ou de la mise sous séquestre d'une récolte effectuée sur un terrain en instance d'immatriculation (52).

3) Les actions possessoires.

110. — Nonobstant l'instance en immatriculation, les juridictions de droit commun sont compétentes pour statuer sur les actions possessoires. L'action possessoire ne touche pas au fond même du droit de propriété, elle ne consacre provisoirement que le fait. Ces actions sont utiles pour maintenir la situation de fait pendant l'instance en immatriculation. Elles n'affectent aucunement le titre, ni la demande d'immatriculation, véritable action pétitoire. La protection possessoire a uniquement pour fondement les pouvoirs de police des autorités judiciaires ; elles tendent à prévenir les discussions relatives à la possession qui risquent de dégénérer en actes de violence (53).

III. — De la loi applicable aux litiges

111. — Le tribunal d'immatriculation pour résoudre les litiges dont il est saisi doit appliquer les règles du statut de l'immeuble, c'est-à-dire en principe celles qui régissent le statut de son propriétaire, à l'exclusion de celles qui s'appliquent aux immeubles déjà immatriculés. Le simple dépôt d'une réquisition qui peut-être rejetée ou retirée ne peut modifier le statut de l'immeuble (54).

Le principe est admis partout sans discussion. Tous les textes fonciers prennent soin de prévoir que la législation spéciale ne concerne que les immeubles immatriculés : Madagascar (art. 8), Tunisie (art. 2), Maroc (art. 1er), Afrique occidentale (art. 19).

Cette règle a été appliquée notamment en matière de voies d'exécution et d'inscription d'hypothèque.

En matière de saisie immobilière, la jurisprudence a refusé d'appliquer à un immeuble en cours d'immatriculation, la procédure expéditive instituée pour la saisie et la vente des immeubles immatriculés et au créancier dépourvu de titre exécutoire, le droit de se borner à signifier à son débiteur un simple commandement ; elle l'oblige à obtenir un jugement (55) ; tant que l'immatriculation n'a pas été prononcée, les créanciers du propriétaire de l'immeuble, doivent observer pour exécuter leur débiteur non pas les voies

(51) C.M., 6 août 1941.
(52) C.M., 26 mars 1924.
(53) Casablanca, 23 avril 1920. L'instance d'immatriculation n'a pas pour effet de donner compétence au juge de droit moderne pour connaître des actions possessoires lorsque des marocains sont en cause. Cass. civ., 25 janvier 1955, Bull. 1955, n° 425. C.A.M., n° 216 du 6 juillet 1960.
(54) V. Caillé, *op. cit.*, p. 152.
(55) Casablanca, 11 mai 1925, C.M., 13 août 1908.

d'exécution prévues par le texte sur l'immatriculation, mais celles prévues par le statut de l'immeuble ou la coutume, notamment pour la vente aux enchères publiques.

La même règle a conduit, en matière de prescription, à refuser d'appliquer à un immeuble en cours d'immatriculation, la prescription acquisitive prévue à Madagascar pour les immeubles immatriculés (56).

IV. — La marche de l'instance jusqu'au jugement

L'instance se poursuit par la mise en demeure de l'intervenant, précédée parfois par la nomination d'un juge rapporteur. Pour satisfaire à la sommation dont il est l'objet, l'intervenant doit déposer une requête introductive où il expose ses prétentions, le requérant est invité à y répondre.

I) La nomination d'un juge rapporteur.

112. — La Tunisie et le Maroc seuls possèdent une institution qui a donné d'excellents résultats et qui peut être recommandée aux Etats qui ne l'ont pas encore adoptée : le juge rapporteur en matière foncière.

Dès l'arrivée du dossier au tribunal, le président désigne un juge pour procéder aux enquêtes, mettre la procédure en état et faire rapport (art. 328 du Code tunisien des droits réels et art. 32, al. 7 D. Im. au Maroc).

En Tunisie, le juge désigné met en demeure les opposants de lui faire parvenir leur requête d'instance et reçoit les mémoires en réponse. Il a en outre pour mission de veiller pendant le cours de la procédure d'immatriculation à ce qu'aucun droit immobilier appartenant à des incapables ou à des personnes non présentes en Tunisie, soit lésé, il procède à cet effet à toutes les vérifications nécessaires. Les pouvoirs qui lui sont reconnus en la matière sont discrétionnaires. Il peut même provoquer une prorogation de délai afin de former opposition en leur nom.

D'une façon générale, le juge rapporteur doit prendre une connaissance approfondie du dossier afin de le mettre en état. Si le litige lui paraît simple, il peut le renvoyer directement devant le tribunal. Mais dans la très grande majorité des cas, il ordonne une mesure d'instruction, en pratique, une comparution personnelle ou un transport. C'est le plus souvent à cette dernière mesure qu'il aura recours, il peut dans ce cas se faire assister d'un géomètre. En Tunisie, si le transport est de nature à occasionner des frais, c'est le président du tribunal immobilier qui décide de son opportunité (art. 344 du Code).

---

(56) C.A.M., n° 39 i, 11 juin 1969.

Lorsque l'affaire est en état, le juge la renvoie avec son rapport devant le tribunal.

Nous avons des raisons de croire que le succès de l'immatriculation en Tunisie et l'autorité des décisions rendues sont dus pour une bonne part à l'activité et à la compétence des magistrats délégués. Le plus souvent ce sont les mêmes magistrats qui sont désignés, ils finissent par acquérir une grande expérience, leur spécialisation leur permet de démêler sur place les affaires en fait les plus compliquées, et en vérifiant les droits des requérants de mettre un terme à de vieux litiges en prévenant bien des spoliations.

2) La mise en demeure des intervenants. Délai de rigueur.

113. — Mis à part le Maroc, où, ainsi que nous le verrons la procédure est différente, l'instance devant le tribunal d'immatriculation commence par une mise en demeure adressée aux intervenants de faire parvenir leur requête introductive d'instance dans un délai qui varie de vingt jours à Madagascar à quinze jours ailleurs. La notification est faite administrativement par les préfets ou les chefs de province, les sous-préfets ou chefs de district et les maires ou leurs homologues. Le délai court du jour de la réception par le destinataire. Il est d'ordre public. Le tribunal doit prononcer, même d'office, la forclusion. La requête est en effet une formalité essentielle ayant pour but d'obliger l'opposant à faire connaître ses moyens pour fixer le litige. La déchéance peut être prononcée en tout état de cause, même après les conclusions au fond, même pour la première fois en appel (57).

La mise en demeure s'impose pour éviter qu'un tiers par esprit de vexation ou pour toute autre cause ne retarde indéfiniment l'immatriculation d'une terre. Néanmoins, l'application rigoureuse de la forclusion peut aboutir parfois à des spoliations.

Tempéraments

114. — La jurisprudence est intervenue pour tempérer la rigueur de la règle :

1° Lorsqu'il apparaît du dossier qu'avant le dépôt de la réquisition au greffe, le requérant était d'accord pour inscrire le droit revendiqué, ainsi notamment lorsqu'il ressort d'une requête introductive d'instance concernant l'inscription d'une hypothèque présentée tardivement, que le requérant était d'accord sur l'inscription de l'hypothèque antérieurement au dépôt du dossier au greffe, on peut dire qu'alors il n'y a plus litige (58).

---

(57) Dakar, 30 juillet 1915 ; Pen. 1917, 1, 165, 1er février 1924, Pen. 1924, 306 ; Saint-Louis, 9 mai 1950. C.M., 16 mars 1910 ; Tunis, 26 octobre 1922, R.A. 1923, 198.

(58) C.M., 9 décembre 1942.

Il en est de même lorsque les opposants sont des co-propriétaires dont les droits ont été reconnus fondés par les requérants dès que leur opposition a été formée lors du bornage (59).

2° Lorsque la mise en demeure ou sa notification apparaissent irrégulières, ainsi lorsque la mise en demeure est signée du greffier et non du président de la jurisprudence (60), ou encore lorsque la notification a été faite par un fonctionnaire incompétent (61).

Maroc.

115. — Au Maroc, jusqu'en 1954, le juge rapporteur devait mettre les opposants en demeure de lui faire parvenir leur mémoire et leurs pièces justificatives dans un délai de quinze jours. Mais trop souvent les opposants négligeaient de présenter leurs moyens et attendaient le transport sur les lieux pour remettre leur documentation et parfois même plus tard. Il s'ensuivait des retards.

Pour y remédier le dahir du 25 août 1954 a prescrit aux opposants de déposer leur demande et les pièces justificatives sur mise en demeure adressée par le conservateur dans le délai de trois mois à la conservation, *aucun titre ne pouvant être reçu par le tribunal.* Faute par eux d'optempérer ou de justifier qu'ils sont dans l'impossibilité de le faire, le conservateur peut décider, après enquête, le maintien de cette opposition ou la déclarer non avenue (art. 32). Au cas de rejet, appel peut être fait de sa décision devant le tribunal de première instance qui statue en dernier ressort. L'appel doit être interjeté dans la quinzaine de la notification de la décision.

Sans aucun doute le désir d'accélérer le règlement des procédures est atteint, mais à quel prix ? Certainement au prix de spoliations, car si déjà l'absence d'opposition en matière d'immatriculation n'implique pas toujours la réalité des droits du requérant, l'opposition formée, même si pour des raisons inconnues elle n'est pas suivie, — on connaît la répugnance qu'ont les paysans à se défaire de leurs titres pour les remettre à l'administration — laisse appréhender la violation d'un droit.

Par ailleurs, l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des pièces justificatives non versées au conservateur, crée un avantage difficilement justifiable en faveur du requérant qui lui peut produire librement ses titres devant le tribunal (62).

---

(59) C.M., 30 novembre 1910, Pen. 1911, 212.
(60) C.M., 9 mai 1917.
(61) C.M., 9 novembre 1927, Dar 1929, 29.
(62) Roché, *op. cit.*, p. 218 et Cogniart, *Revue Marocaine de droit*, 1er février 1956, p. 58 : « En sa forme actuelle, le texte est difficilement acceptable pour les juridictions dont il restreint les pouvoirs d'investigation et pour les justiciables qui ne comprendront pas pourquoi le juge écarte un document au seul motif qu'il n'a pas été présenté préalablement à l'Administration chargée jusqu'alors d'établir un titre foncier, mais non de dire le droit. »

3) La requête introductive d'instance.

116. — La requête introductive doit être présentée dans un délai de rigueur (*supra,* n° 113).

La requête introductive d'instance doit contenir une élection de domicile au lieu où siège le tribunal appuyée des pièces justificatives. Après la déclaration d'opposition faite au conservateur, c'est la requête introductive d'instance qui devient la base du litige.

Dès lors, au cas d'admission, en la forme de la requête, il devient sans intérêt de s'arrêter aux irrégularités de forme qu'a pu présenter l'opposition au cours de la procédure administrative (63).

La requête introductive d'instance n'est assujettie à aucune forme sacramentelle, il suffit qu'elle contienne une élection de domicile au lieu où siège le tribunal, les moyens invoqués par l'intervenant, et soit accompagnée des titres et pièces sur lesquels ils sont fondés, sauf quand il est impossible au requérant d'en produire, en particulier quand il s'agit d'établir des faits de possession (64). Mais elle ne peut avoir d'autre objet que celui de l'opposition (65), sinon ce serait irrégulièrement proroger les délais d'opposition (66), tout autre demande que celle qui a fait l'objet de l'opposition portée dans la requête est donc irrecevable.

La requête peut être formée par simple lettre adressée au conservateur de la propriété foncière (67), l'apposition d'une empreinte digitale doit être considérée comme l'équivalent de la signature lorsqu'il s'agit d'illettrés (68).

La requête introductive d'instance fixe et lie l'instance et les

---

(63) Dakar, 12 mars 1948, Pen. 1951, 102, et note approbatrice Becqué.

(64) T.M., 24 décembre 1904, J.T., 05, 219.

(65) Lomé, 20 septembre 1950, Pen. 1951, 255 et note Becqué.

(66) Doubliez, *op. cit.,* p. 94.

(67) C.M., 3 avril 1903, Dar 1901, 134. Elle peut se présenter aussi sous formes de conclusions présentées dans les délais (C.A.M., i, n° 46 du 17 juillet 1961) si elles contiennent les énonciations prescrites. Une lettre valant opposition renfermant ces énonciations émanant d'un chef de district qui avait voulu valider l'opposition d'un fokonolona, a même été assimilée à une requête introductive (C.A.M., i, n° 36 du 8 octobre 1958).

(68) Jusqu'en 1952, la Cour de Rabat avait toujours affirmé que la signature d'une requête d'appel était une formalité substantielle, indispensable pour établir l'authenticité de la pièce et que l'on ne pouvait y suppléer par une empreinte digitale, même apposée devant deux témoins (Rabat, 22 juin 1950, R.U.F. 1951, p. 150). C'était une vue peu réaliste dans un pays où les illettrés sont en grand nombre. Aussi ne faut-il pas s'étonner que par arrêt du 18 déc. 1952 (R.U.F. 1953, 273), la même cour ait décidé le contraire sur la considération que les parties au contentieux de l'immatriculation pouvant accomplir tous les actes de procédure, on ne saurait refuser cette faculté à un justiciable parce qu'il est illettré. La solution était déjà acquise en A.O.F. (Dakar, 12 mars 1948).

moyens développés en dehors de cette requête sont irrecevables (69). Elle rend le débat contradictoire, encore que l'opposant ne comparaisse pas à l'audience (70).

4) Le mémoire en réponse.

117. — Le juge invite le requérant à prendre connaissance de la requête au greffe sans déplacement à Madagascar et en Tunisie, ou en lui adressant une copie en Afrique occidentale.

Mais le requérant qui renonce au droit de répondre par mémoire et à introduire ainsi des moyens nouveaux sur le fond du litige, n'en conserve pas moins la liberté de défendre ses droits sur les points visés dans la requête, comme sur toutes les questions inhérentes à cette requête, relative à sa régularité ou à sa validité (71).

5) L'audience et ses incidents.

L'audience suppose la comparution des parties ou de leurs représentants, les débats sont limités aux moyens de la requête introductive d'instance, la procédure suivie est en général celle de droit commun, elle aboutit au jugement qui peut faire l'objet de voies de recours.

La comparution des parties.

118. — Les parties comparaissent en personne afin de faciliter l'accès du prétoire aux moindres frais aux plaideurs.

Les textes fonciers admettent que les parties peuvent se faire représenter par un mandataire autorisé par les règlements locaux (Afrique occidentale, art. 110) ou plus simplement par un mandataire (Tunisie, art. 343 du code « en personne ou par avocat », Maroc, art 35, Madagascar, art. 106).

L'assistance d'un avocat n'est jamais obligatoire. Mais jusqu'en 1944, la jurisprudence exigeait à Madagascar des avocats un pouvoir spécial pour représenter les parties devant les juridictions d'immatriculation. Depuis l'arrêt de la Cour d'appel de 1944, les avocats inscrits ont été admis à représenter les parties devant les tribunaux d'immatriculation sans pouvoir spécial, en vertu du droit de représentation générale qu'ils tiennent de leur statut (72). La faculté laissée aux parties de se faire représenter devant les juridictions d'immatriculation par un mandataire de leur choix, si elle porte atteinte au monopole des avocats, laisse intact leur privilège de représenter leur client sans mandat spécial devant ces juridic-

(69) C.A.M., n° 7 du 15 février 1962.
(70) C.M., 12 août 1900.
(71) Req., 4 novembre 1924 pour l'A.O.F., Dar 1925, 34.
(72) C.M., 6 décembre 1944, Pen. 1948, I, 58, note Vizioz.

tions. Le droit de représentation légal accordé aux avocats est distinct du privilège exclusif de représentation des parties et continue à subsister même quand le privilège a disparu. L'article 14 du nouveau texte foncier à Madagascar a consacré ces principes, en dispensant les avocats de pouvoir sans leur accorder le droit aux dépens liquidés.

Le pouvoir spécial.

119. — Le mandat de représenter en justice doit être spécial. La procuration donnée à un mandataire « de pouvoir traiter toutes affaires pouvant survenir au sujet du terrain, soit amiable, soit judiciairement » a été jugée suffisante pour permettre à un mandataire de s'opposer à une demande d'immatriculation d'un terrain (73), par contre le mandat de « s'occuper de toutes les affaires concernant la partie restante de la propriété », mandat général, est insuffisant (74).

La fin de non recevoir concernant la qualité est d'ordre public.

Les débats-caractère limité.

120. — La procédure prescrite en matière d'immatriculation se rapproche de la procédure suivie devant les juridictions administratives. Le principe en a été inspiré par la législation tunisienne (art. 42 de la loi).

Au Maroc, le tribunal est lié par la saisine du conservateur. Mais partout ailleurs, le tribunal ne peut statuer que sur les moyens développés dans la requête introductive d'instance, cette requête fixe et lie l'instance et tous autres moyens invoqués par l'intervenant en dehors de cette requête sont irrecevables. C'est que la requête doit en effet contenir *tous* les moyens invoqués par l'intervenant et doit être accompagnés *des* titres et pièces sur lesquels ils sont fondés (75). L'exigence de la totalité des moyens invoqués paraît s'opposer à la fourniture « des pièces justificatives » qui pourraient donc, selon nous, être complétées postérieurement. Ainsi, le demandeur ne peut être autorisé à rapporter la preuve de faits non articulés dans sa requête (76), une modification de la cause de l'opposition est également irrecevable (77).

Un propriétaire doit, en effet, lorsqu'il fait opposition connaître les raisons de sa protestation et ses titres, s'ils sont réels, l'immatriculation affecte une certaine urgence et il faut mettre un terme aux instances non fondées et aux manœuvres de ceux qui de

(73) C.M., 19 avril 1922.
(74) C.M., 18 juillet 1945.
(75) Madagascar, art. 106 ; A.O., art. 110 ; A.E., art. 26.
(76) T.S.A., Lomé, 12 janvier 1961.
(77) T.S.A., Lomé, 5 novembre 1958.

mauvaise foi cherchent à gagner du temps pour monnayer le cas échéant, la main levée de leur opposition. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la jurisprudence estime qu'il s'agit d'une nullité relative (78).

Par contre, les moyens d'ordre public peuvent être opposés à tous moments, même s'ils n'ont pas été formulés dans la requête introductive : ainsi est recevable en tout état de cause, même s'il n'a pas été formulé dans la requête introductive, le moyen fondé à l'appui d'une opposition à immatriculation sur ce que le requérant étranger ne peut solliciter l'immatriculation à son nom d'un immeuble à Madagascar (79).

Il faut rappeler aussi que le pouvoir de contrôle que s'arroge la juridiction d'immatriculation sur la légitimité des droits du requérant autorise le tribunal à sortir des limites de la requête introductive, s'il l'estime utile (*supra,* n° 104).

Procédure suivie devant le tribunal en matière d'immatriculation.

121. — Réserve faite des points réglés par les textes fonciers, les juridictions en matière d'immatriculation statuent en observant les règles de la procédure civile de droit commun. La question est réglée au Maroc par l'art. 34 du dahir foncier, en Afrique occidentale par l'art. 111 et à Madagascar par l'art. 107.

C'est limiter la portée du texte que de prétendre qu'il s'applique à Madagascar seulement aux décisions à intervenir (80). La jurisprudence, à juste titre, lui a donné une portée très large et a appliqué les règles de procédure de droit commun aux reprises d'instance et à l'appel.

Reprise d'instance.

122. — La disparition d'une des parties interrompt l'instance. C'est un cas qui se présente fréquemment devant les tribunaux d'immatriculation à raison de la longueur des procédures. Tantôt c'est le requérant qui disparaît, tantôt c'est l'opposant.

a) Décès du requérant.

L'immatriculation ne pouvant être prononcée qu'au nom du requérant, le décès de ce dernier, s'il est connu, interrompt l'ins-

(78) Dakar, 20 juillet 1935, Dar 1935, 154, admettant que l'interdiction faite de déposer des conclusions ou de s'expliquer à la barre sur d'autres points que ceux développés dans la requête et le mémoire en réponse est d'intérêt privé et que le juge peut statuer sur ces conclusions ou tenir compte de ces explications, si la partie adverse ne s'y oppose pas.

(79) Cass., 27 janvier 1948.

(80) Lota, *op. cit.*, 3e édition, n° 265.

tance et la reprise d'instance ne peut résulter que d'une réquisition rectificative et complémentaire publiée dans la même forme que la réquisition ordinaire. Dans cette nouvelle réquisition les héritiers indiquent qu'ils se substituent aux droits de leur auteur pour poursuivre l'instance précédemment engagée (81).

Les seules oppositions recevables après cette formalité sont celles qui contestent les droits des héritiers, sans préjudice bien entendu des instances en cours.

Si le décès reste ignoré, l'instance peut conformément au droit commun continuer jusqu'au jugement, sans avoir besoin de reprise (Cf. art. 334 du code de procédure civile).

Le plus souvent le décès est connu par le retour des notifications avec accusé de réception sur lequel l'agent instrumentaire expose qu'à raison du décès il n'a pu remettre la pièce, parfois même l'accusé de réception revient signé de l'héritier. Le tribunal doit alors faire ordonner le dépôt à la conservation foncière par les héritiers de l'acte de décès de leur auteur et de toutes les pièces établissant leur qualité d'héritiers en même temps qu'il leur enjoint de déposer la réquisition complémentaire susvisée.

Si la mesure n'est pas exécutée, ce qui arrive fréquemment, que les héritiers soient négligents, absents, ignorants ou simplement inconnus, la jurisprudence est assez incertaine.

Un premier système décide devant l'inertie des héritiers, le rejet en l'état de la réquisition, sous réserves des droits des ayants cause (82).

Cette solution incontestablement juridique offre cependant l'inconvénient de laisser la procédure en suspens, les opposants ont cependant le droit d'entendre vider leur litige dont ils attendent le résultat pour déposer à leur tour une réquisition sur le même immeuble.

Aussi un deuxième système plus radical, rejette-t-il purement et simplement la réquisition, motif pris que les principes fondamentaux interdisent de prononcer l'immatriculation au nom du défunt ou de ses héritiers. L'immatriculation constituant au bénéfice de celui qui l'obtient un titre attributif de propriété, définitif, il est indispensable que la procédure soit suivie au nom seul du requérant pour que les tiers puissent apprécier le cas échéant ses droits et y faire opposition (83).

Ce système offre l'inconvénient d'anéantir une procédure onéreuse et laborieuse, alors que les droits du decujus sont peut-être évidents. L'Etat successeur aux biens vacants pourrait lui-même au cas de déshérence revendiquer l'immeuble sans avoir à recommencer la procédure.

Un troisième système (arrêt rendu en 1946) autorise l'immatriculation au nom de la succession. Il trouve un appui à Madagas-

(81) C.M., 3 juin 1943.
(82) C.M., 6 janvier 1943.
(83) C.M., 4 décembre 1940.

car dans certaines dispositions du texte foncier qui prévoient qu'en cas de décès du détenteur d'un droit réel immobilier non inscrit, l'inscription peut être prise, avant la liquidation et le partage, au nom de la succession, sur la seule production de l'acte de décès, l'inscription devant être modifiée en conformité de l'acte de partage.

Cette solution reste cependant en droit assez difficile à justifier, outre l'embarras dans lequel elle met le conservateur lorsque les héritiers ne sont pas connus. Le tribunal est légalement tenu d'immatriculer au nom des personnes dénommées, après avoir vérifié leurs droits, à raison du caractère irréfragable du titre créé. La solution adoptée aboutit en fait à tourner les dispositions de la loi puisque le tribunal délègue au conservateur un droit et un devoir qui lui sont propres.

Aussi, c'est en définitive au premier système qu'il paraît préférable de revenir. Les opposants peuvent facilement obtenir le règlement de la procédure en suspens en déposant une réquisition sur la même terre. C'est le cas courant de l'opposition d'office.

Toutefois lorsque les droits du requérant paraissent certains, rien ne devrait s'opposer à l'immatriculation, mais au nom du défunt. La reprise d'instance n'a été instituée en effet qu'en faveur des héritiers. C'est la solution préconisée d'ailleurs par l'Act Torrens. Il prévoit (art. 31) qu'en cas de décès pendant l'instance du demandeur, la délivrance du titre doit être faite au nom du demandeur décédé comme si la délivrance du titre avait précédé le décès de l'intéressé.

Au Maroc, la solution admise semble se rapprocher de celle de l'Act Torrens (84).

b) Décès de l'opposant.

Au cas de décès d'un opposant en cours de procédure, la situation n'est plus la même. La substitution à un opposant de ses ayants droit n'est pas susceptible de porter préjudice aux tiers. Aussi aucune mesure de publicité ne s'impose, la réquisition originaire n'a pas à être retouchée (85).

---

(84) La reprise d'instance qui intéresse non seulement le décès du requérant, mais également le nouvel acquéreur est réglée par l'art. 8 de l'arrêté viziriel du 3 juin 1915 qui prévoit : « Indépendamment de la procédure visée à l'art. 84 de dahir foncier ; il est loisible au bénéficiaire d'un droit constitué ou modifié au cours de la procédure d'immatriculation de demander sa publication au plus proche Bulletin officiel, en déposant à la conservation foncière les pièces constitutives de son droit.

« La procédure d'immatriculation suit son cours régulier en tenant compte seulement de cette nouvelle constitution ou modification du droit. Cependant si l'avis de bornage a déjà été publié au B.O. il doit être annulé et publié à nouveau, afin qu'il existe toujours pour faire opposition un délai de deux mois minimum à compter de la publication du nouveau droit constitué. »

(85) C.M., 11 avril 1951.

Si les héritiers de l'opposant décédé n'ont pas répondu à l'invitation de reprendre l'instance, ils se trouvent cependant liés au contentieux de l'immatriculation (86) et le tribunal passe outre au jugement de l'affaire (87).

V. — Le jugement

123. — Le jugement peut ordonner avant de faire droit des mesures d'instruction, enquête, expertise... Mention doit alors être faite de la consignation d'une provision destinée à garantir le paiement des frais. L'oubli fréquent de cette mesure est une source de difficulté d'exécution.

Le jugement peut statuer au fond définitivement.

Le contenu du jugement définitif dépend évidemment de la saisine du tribunal, suivant qu'il est habilité ou non à prononcer l'immatriculation, notamment.

Les jugements rendus par les tribunaux à saisine limitée ont les effets des jugements de droit commun, par contre les jugements des tribunaux d'immatriculation présentent des particularités qui tiennent à la compétence plus étendue et à l'autorité qui est reconnue à la décision rendue.

Jugements des tribunaux d'immatriculation.

A. — Pouvoir du tribunal après le règlement de l'opposition

a) Cas du rejet de l'opposition.

Le rejet de l'opposition n'entraîne pas *ipso facto* l'immatriculation de l'immeuble au nom du requérant. Le tribunal doit encore apprécier si, par ailleurs, les droits du requérant sont fondés (88).

b) Cas de l'admission de l'opposition.

L'admission de l'opposition ne peut jamais avoir pour effet, même au cas où elle porte sur la propriété de la totalité du fonds, d'entraîner l'immatriculation de l'immeuble au profit de l'opposant dont le droit de propriété est reconnu. L'opposant devra recommencer en son nom la procédure de façon à permettre aux tiers de faire valoir leur droit (89), les droits de l'opposant fussent-ils évi-

(86) Rabat, 5 avril 1926.
(87) Rabat, 5 avril 1927, IV, 181.
(88) *Supra*, n° 104 et Ch. Ambialet, Pen. 1948, 279.
(89) Jurisprudence constante. C.M., 22 décembre 1926 ; C.M., 28 novembre 1928 ; C.M., 18 février 1931 ; C.M., 8 novembre 1950.

demment fondés (90), à plus forte raison l'immatriculation ne peut être faite au nom d'un tiers non opposant (91).

Cependant, en Tunisie, une solution plus pratique était admise. Aux termes de l'article 37 de la loi tunisienne le tribunal pouvait ordonner l'immatriculation, en tout ou en partie, de l'immeuble borné au nom de l'opposant, lorsque celui-ci en fait la demande et que ses droits sont établis. Dans ce cas, le texte prévoyait une publicité complémentaire, avec ou sans récolement de bornage, à moins que les opposants n'aient déjà été dénoncés comme copropriétaires dans la réquisition. Cette disposition ne paraît pas avoir été reprise par le Code des droits réels.

Cette solution offre cependant l'avantage de gagner du temps et de faire une économie appréciable de frais de bornage et de levé de plan, réduits dans la seconde procédure. Elle est à rapprocher de la nouvelle jurisprudence marocaine qui, consacrant l'avis autorisé émis par M. Léris, a admis, en l'absence d'appel du requérant, l'appel d'un opposant contre un autre opposant qui s'est vu reconnaître le droit à la propriété d'une parcelle contestée. Elle s'inspire des mêmes préoccupations (92).

B. — L'autorité de chose jugée des jugements d'immatriculation

124. — En ce qui concerne les effets de la chose jugée en matière d'immatriculation, il faut distinguer entre les décisions d'admission et de rejet de la réquisition.

a) Admission de la réquisition :

125. — La décision d'admission de la réquisition anéantit définitivement et sans recours tous les droits antérieurs afférents à l'immeuble dont le jugement n'ordonne pas inscription au titre. Elle est opposable non seulement entre parties, sous réserves des dispositions légales particulières (*infra,* n° 157), mais encore à l'égard de tous, « erga omnes ».

L'autorité qui s'attache au jugement rendu en matière d'immatriculation est plus grande qu'en matière ordinaire puisqu'aucune

(90) C.M., 10 octobre 1945.

(91) C.M., 17 avril 1901, la Colonie de Madagascar au lieu de l'Etat.

(92) Cour suprême du Maroc du 25 juin 1963 précité. Léris, *Revue légis. et jurisprudence marocaine,* 1924, X, 3, p. 30 et 31 : « Force est bien de reconnaître que si le juge ne dit pas formellement le droit entre les opposants, il le dit implicitement et indirectement. Il y aurait intérêt à laisser l'autorité de la chose jugée s'étendre à toutes les parties. En faisant produire au jugement tous les effets qu'on est en droit d'en attendre, on éviterait de remettre en question les mêmes difficultés, on empêcherait que les procès ne survivent à la décision qui devrait y mettre fin. »

voie de rétractation n'est admise contre la décision (opposition, tierce opposition, requête civile, v. *infra,* n° 128 et suiv.).

Avant de reconnaître cette autorité exceptionnelle au jugement d'immatriculation, le législateur a pris soin de s'assurer de la régularité de la décision rendue par des mesures particulières : pouvoir discrétionnaire reconnu aux juridictions en vue d'établir la réalité des droits requis, vaste publicité permettant aux tiers intéressés de faire valoir leurs droits à l'aide de voies de recours largement ouvertes.

Néanmoins la rectification d'erreurs matérielles ou d'omissions commises au cours de la procédure est permise (voir *infra,* n° 128). Mais les dispositions qui décident que le titre foncier est définitif et inattaquable interdisent toute autre action.

b) Rejet de la réquisition :

126. — Au cas de rejet de la réquisition d'immatriculation la chose jugée n'affecte pas en principe les droits des parties, à la différence des décisions d'admission.

— A l'égard du requérant.

La décision d'immatriculation suppose, ainsi que nous venons de le voir, la certitude des droits du requérant. Si le tribunal estime que ces droits ne sont pas suffisamment établis, il doit rejeter la réquisition d'immatriculation, mais il ne juge pas pour autant que le requérant n'est pas propriétaire. Il s'ensuit que le rejet d'une demande d'immatriculation n'implique pas nécessairement une absence de droit, mais seulement l'absence de certitude du droit du requérant et ce, même malgré des motifs contraires. Ainsi n'a pas l'autorité de la chose jugée le motif où le tribunal exprime l'opinion que l'immeuble litigieux appartient à un tiers qui s'est opposé à l'immatriculation (93).

La chose jugée interdit seulement au requérant de se présenter devant le tribunal comme requérant avec les mêmes titres, mais il peut revenir devant le tribunal en faisant valoir des preuves nouvelles (94).

Les parties peuvent également revendiquer leurs droits devant

(93) Tunis, 22 novembre 1894.

(94) Tunis, 26 février et 20 mars 1897. Il a cependant été décidé que lorsque le tribunal a rejeté une réquisition d'immatriculation en se basant sur des motifs qui impliquent que l'immeuble appartient à l'opposant, le requérant ne peut plus saisir le tribunal d'une nouvelle réquisition portant sur le même immeuble. Tunis, 2 novembre 1916, R.A. 1921, 62. Décision qui ne se justifie selon nous que si le requérant produit à l'appui de sa nouvelle demande les titres déjà présentés et non de nouveaux titres. Comp. C.A.M., n° 59-I du 24 juin 1970.

la juridiction ordinaire, puisque le jugement de rejet laisse leurs droits intacts (95).

— A l'égard de l'opposant.

La décision de rejet de la demande d'immatriculation n'a pas, en principe, l'autorité de la chose jugée en sa faveur, même si elle reconnaît la validité des droits de l'opposant, mais cette appréciation crée une présomption sérieuse en faveur de ce dernier lorsqu'il dépose à son tour une réquisition (96), et le tiers contre lequel elle est invoquée ne peut détruire la preuve qui en résulte qu'à charge de faire la preuve contraire et d'établir à son profit, soit un droit de propriété préférable, soit une possession antérieure légalement acquisitive.

Absence d'actions récursoires.

127. — Le rejet d'une demande d'immatriculation n'autorise pas le requérant à exercer contre son vendeur un recours en garantie, car il n'équivaut pas à une décision d'éviction, celle-ci ne serait établie qu'au cas où l'immeuble serait immatriculé au nom d'un tiers (97).

Par contre le vendeur est tenu de fournir à l'acquéreur toutes pièces et titres lui permettant d'établir son droit. Il s'expose à des dommages et intérêts lorsque le rejet provient de sa mauvaise volonté ou de sa négligence (98).

VI. — Les voies de recours

128. — Toutes les voies de recours ne sont pas admises contre les décisions des tribunaux d'immatriculation, soit à raison de l'organisation judiciaire, comme en Tunisie, soit à raison de la procédure et de la nature de la décision rendue.

La requête en interprétation, les requêtes en rectification d'erreurs matérielles sont cependant recevables, telle par exemple, l'erreur commise dans l'orthographe du nom de la propriété (99).

---

(95) Tunis, 21 mars 1889, 27 juin 1900.
(96) C.M., 25 nov. 1914 ; C.S.M., n° 18 du 25 mars 1963.
(97) Tunis, 5 juin 1907, J.T., 07 399.
(98) Tunis, 27 juin 1900, J.T., 00 505.
(99) En Tunisie, à raison de la fréquence de ces erreurs, un texte a été pris afin de réglementer le redressement des erreurs matérielles qui peut servir de raison écrite aux autres territoires. Le décret du 25 février 1897 a institué une procédure spéciale permettant au Tribunal immobilier d'ordonner la rectification d'erreurs ou omissions matérielles que contiennent, soit les relevés et les plans du service topographique, soit les jugements prononçant l'immatriculation, soit les titres de propriété établis en exécution desdits jugements, mais en aucun cas, il ne

En Tunisie, les décisions du tribunal immobilier ne peuvent faire l'objet d'un recours quelconque. Le rapport Cambon justifie cette mesure par le souci que la garantie judiciaire donnée à la constitution de la propriété ne puisse « par la lenteur tutélaire de ses formes, arrêter la prompte exécution d'une entreprise qui, pour donner tous ses résultats doit être conduite avec rapidité ». Par ailleurs, en Tunisie, l'unité de juridiction assure l'unité de la jurisprudence. Néanmoins, l'absence de tout recours a été critiquée (*supra*, n° 88).

Dans les autres territoires, l'appel est généralement reçu, comme le pourvoi en cassation, mais ce dernier dans des limites étroites, par contre l'opposition et la tierce opposition ne sont pas admises, non plus que la requête civile, au cas notamment de la découverte de pièces nouvelles (100).

L'opposition.

129. — Il n'y a pas de défaut en matière d'immatriculation ; la procédure écrite est engagée par la requête introductive d'instance qui lie le débat et le rend contradictoire, malgré l'absence des parties. L'absence de requête introductive entraîne la déchéance de l'opposition.

En appel, à Madagascar, la question est plus discutée (v. *infra*, n° 140).

Au Maroc, c'est le conservateur qui saisit le tribunal d'immatriculation du dossier complet avec tous les éléments utiles pour statuer. Le défaut n'existe pas non plus.

La tierce opposition.

130. — La tierce opposition n'est pas recevable contre la décision qui rejette les oppositions et ordonne l'immatriculation. L'opposition est en effet une voie de recours ouverte aux tiers quels qu'ils soient qui peuvent être lésés par l'immatriculation de l'immeuble. Elle doit être formée dans un délai déterminé et à l'expiration de ce délai, personne ne peut plus former opposition. En réalité, l'opposition est une tierce opposition soumise à des règles spéciales (101).

L'appel.

131. — L'appel est en principe recevable contre les décisions des juridictions chargées du contentieux de l'immatriculation, mais

---

pourra être porté atteinte à la propriété et aux droits réels établis par le jugement d'immatriculation, a précisé le décret interprétatif du 19 mars 1897.

(100) C.A.M., n° 59-i du 24 juin 1970. La requête civile est irrecevable à raison de l'intangibilité du titre foncier.

(101) Dakar, 28 avril 1920, Dar 1920, 84.

il doit être fait dans un délai de rigueur, par une personne qualifiée, les débats sont réduits et les voies de recours limitées.

Recevabilité de l'appel.

131. — D'une façon générale, l'appel est recevable outremer contre les décisions des tribunaux en matière d'immatriculation, mis à part en Tunisie, et, par une innovation aussi dangereuse qu'inexplicable au Gabon (art. 27. *Supra,* n° 31).

En Afrique occidentale, en matière d'immatriculation la compétence est celle du droit commun en premier et dernier ressort (art. 20).

Au Congo, l'appel est recevable lorsqu'il s'agit d'un immeuble dont le revenu est supérieur à 1 000 F (art. 23).

A Madagascar, les tribunaux statuent toujours à charge d'appel. Un décret du 27 février 1946 avait limité l'appel en ce qui concerne les immeubles ruraux aux propriétés supérieures à 20 ha, en confiant assez arbitrairement à la cour d'appel le pouvoir discrétionnaire d'apprécier le caractère rural des immeubles. A vrai dire, cette limitation se justifiait assez peu et les Malgaches aiment épuiser tous les degrés de juridictions. Aussi l'ordonnance du 3 octobre 1946 est-elle venue rétablir le régime ancien de l'appel inconditionné.

Au Maroc, l'appel est toujours recevable en matière d'immatriculation (art. 41).

Du délai d'appel.

132. — Au Congo, le délai pour interjeter appel est de un mois à compter de la notification du jugement à personne ou à domicile (art. 23). Au Maroc, le texte renvoie à la procédure civile quant aux formes et délais (art. 41), en Afrique occidentale, la règle est la même (art. 112 et 114).

A Madagascar, l'article 109 de l'ordonnance du 3 octobre 1960 prévoit que le délai de l'appel est de un mois à compter de la notification du jugement. Antérieurement ce délai était de deux mois francs à compter du prononcé du jugement (art. 98), le texte prévoyait bien la notification du jugement aux parties intéressées dans les huit jours du prononcé du jugement, mais la jurisprudence estimait que la date de la notification était indifférente à raison des dispositions formelles de l'article 98, et l'appel interjeté postérieurement était jugé tardif. Ce système était mauvais, car les parties ignorent le plus souvent la date à laquelle le jugement sera rendu et beaucoup se trouvaient dans l'impossibilité d'exercer la voie de recours. De nombreux appels ont été ainsi rejetés, sans être examinés au fond. La réforme 1960 est donc heureuse.

Point de départ du délai.

133. — Le point de départ du délai est en principe le jour de la notification du jugement. Mais la jurisprudence de Madagascar à partir de 1944 a admis la recevabilité d'appels jugés jusqu'ici tardifs, par une doctrine judicieuse qui peut s'étendre à tous les pays possédant la même procédure d'immatriculation.

La Cour est partie du caractère indivisible de l'action en immatriculation qui n'est susceptible de recevoir qu'une seule et même décision.

Ce caractère indivisible résulte de l'esprit et de la lettre du texte foncier. Ainsi, il est prévu que lorsque la réquisition est faite par un copropriétaire, celui-ci doit être muni du consentement des autres ayants-droit, une même demande d'immatriculation ne doit viser qu'un immeuble composé d'une seule parcelle ou de parcelles formant corps, la procédure d'immatriculation a pour objet l'établissement par le conservateur d'un titre foncier unique comportant la description de l'immeuble, la désignation du propriétaire, un numéro d'ordre et un nom particulier : tous ces éléments impliquent l'indivisibilité de la demande d'immatriculation.

Application de cette doctrine a été faite à l'appel d'un requérant et dans le cas de jugements successifs.

Appel d'un corequérant.

134. — Par application du principe de l'indivisibilité de l'action en demande d'immatriculation, la jurisprudence malgache a admis que l'appel formé par un des corequérants conserve le droit d'appel à l'égard de tous et les relève de la déchéance par eux encourus faute d'appel dans les délais. On ne peut en effet, concevoir la coexistence de deux décisions dont l'une, le jugement, rejetterait tout ou partie des droits d'un ou plusieurs requérants et dont l'autre, l'arrêt, tout en reconnaissant la validité du titre commun ne bénéficierait qu'à l'un des requérants (102).

Jugements successifs.

135. — Jusqu'en 1944, la jurisprudence exigeait à peine d'irrecevabilité de l'appel, à Madagascar, qu'un appel soit formé en cas de jugements successifs contre chaque décision comportant dans la même procédure un chef définitif ou réputé tel. La Cour ne statuait pas pour autant sur les mérites de cet appel, elle se bornait à en donner acte, en le déclarant irrecevable en l'état jusqu'à la solution définitive du litige.

Mais l'indivisibilité de la matière rendait en réalité inutiles les

(102) C.M., 16 février 1946.

appels successifs. Le jugement qui prononce l'immatriculation d'une partie de la propriété et ordonne une mesure d'instruction pour le surplus, ne peut être qualifié de définitif, la décision n'est pas susceptible d'exécution. Le conservateur de la propriété foncière est tenu d'attendre que l'affaire ait été complètement jugée et que le bornage complémentaire que le second jugement peut ordonner ait été effectué, pour procéder à l'établissement du titre unique auquel doit être annexé le plan unique.

Aussi revisant sa jurisprudence antérieure, la Cour d'appel a décidé en 1944 qu'à raison de l'indivisibilité de la demande, l'appel interjeté contre le dernier jugement rendu dans une procédure au cours de laquelle plusieurs jugements ont été successivement rendus, saisit la cour en son entier, sans que les parties soient tenues pour sauvegarder leurs droits de frapper d'appel les premiers jugements (103).

De la qualité pour appeler.

136. — Toute partie qui succombe a qualité pour appeler par elle-même ou par son mandataire.

Le mandataire doit en principe être muni, pour faire appel, d'un pouvoir spécial l'habilitant à cet effet. La ratification reste cependant possible de la part du mandant, à condition qu'elle intervienne avant l'expiration du délai d'appel (104).

L'appel formé par un cohéritier profite à tous les autres cohéritiers, car il s'agit d'une matière indivisible, sans que l'appelant justifie d'un mandat émanant des personnes au nom desquelles il déclare agir (105).

A Madagascar, la jurisprudence reconnaît à un avocat la qualité pour interjeter appel au nom de son client sans être muni d'un pouvoir spécial en vertu du droit de représentation générale qui lui est reconnu par son statut, à la suite du revirement de la jurisprudence ainsi que nous l'avons vu (*supra,* n° 118). Un avocat ne peut interjeter appel au nom de son client décédé, si lors de cet appel, il n'a pu ignorer le décès de ce client, car pour interjeter appel, il faut être capable et la première condition pour agir est d'exister (106).

Il s'agit somme toute, en la matière, de l'application des principes généraux.

Formes.

137. — Les règles de formes de l'appel sont, en principe, partout celles du droit commun.

---

(103) C.M., 16 février 1944, novembre 1944, 17 janvier 1945.
(104) C.M., 20 mai 1924.
(105) Rabat, 13 mai 1948, Rec. 1949, 25.
(106) C.M., 28 février 1945.

A Madagascar, par une exigence difficilement justifiable, l'appel doit être interjeté au greffe du tribunal, ce qui implique que l'appelant doit venir en personne ou par fondé de pouvoir muni d'un pouvoir spécial au greffe faire la déclaration à l'officier qualifié pour la recevoir. Il s'agit d'une procédure analogue à celle instituée pour les pourvois en Conseil d'Etat contre les décisions du conseil du contentieux administratif et pour les appels et les recours en cassation en matière pénale. L'appel par lettre est jugé irrecevable aux termes d'une jurisprudence constante, hormis le cas de force majeure dûment établi, mais la grande distance séparant le siège du tribunal et le domicile de l'appelant, ainsi que le défaut de ressources de l'appelant sont jugés insuffisants (107), le dépôt d'une lettre au greffe du tribunal encore que le greffier ait dressé l'acte de dépôt est écarté (108).

La rigueur de ces principes est d'autant moins admissible que les Malgaches sont souvent trompés par les règles suivies devant les juridictions civiles dont ils relèvent et qui prévoient l'appel par lettre. Il n'est pas aisé non plus pour un campagnard, sans grandes ressources, de trouver un fondé de pouvoirs qualifié. Un assez grand nombre d'appels interjetés par lettre est régulièrement rejeté chaque année.

On pouvait espérer qu'à l'avènement de Madagascar à l'Indépendance, à l'occasion de la refonte de la législation foncière, le Gouvernement malgache aurait tenu à modifier une procédure qui aboutit chaque années au rejet d'appels par lettres, en assez grand nombre, dont certains sont très fondés. Il n'en a rien été et l'article 109 nouveau maintient le formalisme antérieur. Il serait souhaitable cependant de faciliter aux parties une voie de recours aussi normale que l'appel et de recevoir les appels par lettre ou par télégramme lorsqu'il n'existe aucun doute sur la volonté et l'identité de l'appelant.

Appel incident.

138. — L'appel incident n'est pas toujours admis en matière d'immatriculation.

Au Maroc, l'appel incident est recevable, la procédure suivie devant la juridiction d'immatriculation étant celle suivie devant les juridictions civiles de droit commun, l'appel incident peut se faire jusqu'à la clôture des débats, mais ne peut plus être formé, une fois l'affaire mise en délibération.

En Afrique occidentale, les mêmes règles sont observées car il est prévu que les tribunaux statuent dans les formes réglées par la législation locale (art. 111 et 114).

---

(107) C.M., 8 décembre 1942 ; C.M., 11 février 1959. Jurisprudence constante.

(108) C.M., 9 mars 1942.

Par contre à Madagascar, l'appel incident n'est pas recevable. L'appel devant la juridiction d'immatriculation doit se faire selon certaines formes, par la présentation personnelle de l'intéressé dans un certain délai, au greffe du tribunal, aucune dérogation n'est prévue. L'appel incident par conclusions est donc irrecevable (109).

Effet dévolutif de l'appel.

139. — D'une façon générale, les débats sont strictement limités devant la Cour aux points développés devant le premier juge. Le principe est admis partout (110). Aucune demande nouvelle ne peut être formée, et même contrairement au droit commun aucun nouveau moyen ne peut être soulevé en appel. C'est une conséquence de la procédure écrite et de la règle qui veut que tous les moyens doivent être indiqués dans la requête introductive d'instance (*supra*, n° 120). Il n'est pas concevable que l'on puisse faire valoir devant la cour un moyen que l'on n'aurait pu invoquer devant le tribunal. Ainsi est irrecevable, un titre nouveau (111), des documents nouveaux (112).

La rigueur cartésienne de la règle est parfois tournée par la jurisprudence, car les juges répugnent à écarter les preuves ou les offres de preuve — soit ouvertement (113), soit implicitement (114), il ne semble toutefois pas qu'un mode de preuve telle la preuve testimoniale (115) ou le serment puisse être considéré comme un moyen nouveau. De même les moyens d'ordre public sont recevables en tout état de cause, et au besoin d'office.

Aucune intervention n'est non plus recevable de la part d'une personne qui n'était pas en cause en première instance (116). Une dérogation est cependant admise au Maroc. Dans le but de prévenir une main-levée d'opposition frauduleuse, l'intervention en cause d'appel de l'acquéreur d'un opposant pour soutenir l'opposition au lieu et place de ce dernier est admise (117), mais il ne peut relever

(109) C.M., 11 juillet 1951, C.A.M., 11 février 1959.

(110) Madagascar, art. 111 ; Afrique occidentale, art. 100 ; Maroc, art. 43 ; Afrique équatoriale, art. 26 ; A.E.F., 7 septembre 1915, Pen. 1916, I, 19.

(111) C.M., 10 octobre 1944 ; C.M., 15 février 1962.

(112) C.M., 4 mai 1949.

(113) C.M., 19 avril 1950. « Si, en appel, les demandes nouvelles sont interdites et irrecevables par contre les moyens nouveaux sont recevables. »

(114) C.M.A., 11 juin 1969. « Attendu que les moyens développés par rapport à l'assiette et la possession d'un bien déterminé découlant de l'opposition elle-même et partant demeurant dans le cadre même des débats instaurés en première instance sont recevables. »

(115) Contra Dakar, 16 septembre 1910, Dar 1911, III, 112 et la note critique de Dareste.

(116) C.M., 11 décembre 1929, Dar 1932, 112 ; Brazzaville, 10 avril 1931, Dar 1931, 105.

(117) Rabat, 24 avril 1929, V, 233.

seul appel de la décision, s'il n'a pas figuré en première instance, même si ses droits sont antérieurs au dépôt de la réquisition (118).

Tribunaux d'immatriculation.

A raison de la vocation particulière de ces juridictions, la Cour d'appel se reconnaît le droit d'étendre l'effet dévolutif de l'appel au contrôle de la légitimité des droits du requérant, malgré la déchéance ou le rejet de l'opposition (119). Mais il est nécessaire que l'appel soit recevable, sinon la Cour d'appel n'est pas saisie, par exemple, à Madagascar, par un appel par lettre.

La Cour de Madagascar s'appuyant sur l'ancien article 98 du décret du 4 février 1911 aux termes duquel « le greffier doit notifier la déclaration d'appel à *toutes* les parties en cause », décide que cette disposition a pour but d'exclure toute limitation de l'appel et qu'ainsi l'appel de quelque partie qu'il émane saisit la Cour de l'intégralité de la procédure (120).

Cette affirmation sous sa forme absolue appelle quelques réserves et une retouche. Il est en effet de règle que malgré le caractère indivisible de la matière, la cour n'est jamais saisie que dans la mesure de l'appel lui-même.

La Cour d'appel de Madagascar reconnaît d'ailleurs l'effet limité de l'appel lorsqu'elle ne prend en considération que l'opposition de l'opposant, lorsque seul il a fait appel (121) et refuse dans ce cas d'aggraver sa situation (122), ou admet encore le cantonnement de l'appel à une seule parcelle même formulé par voie de conclusions (123). L'argument de texte perd de sa valeur d'autre part, puisque l'article 111 de la loi du 3 octobre 1960 qui a remplacé l'article 98 se borne à prescrire que « le greffier prévient *les* parties en cause ».

Voies de recours contre les arrêts.

140. — Les requêtes en interprétation (124), en rectification d'erreurs matérielles ou d'omission (125) sont recevables comme devant les tribunaux de première instance (v. *supra*, n° 128).

L'opposition n'est pas plus recevable contre les décisions d'appel que contre les jugements de première instance, l'article 45 du dahir foncier au Maroc précise d'ailleurs que l'opposition n'est jamais admise contre les arrêts de la Cour. A Madagascar, un

(118) C.M., 18 avril 1917.
(119) C.A.M., 8 janvier 1969 et *supra*, nos 78 et 104.
(120) C.A.M., n° 48 du 27 mai 1959, et n° 3 du 8 janvier 1969.
(121) C.A.M., n° 7 du 15 février 1962.
(122) C.A.M., n° 12 du 28 janvier 1959.
(123) C.A.M., n° 14 du 24 février 1960.
(124) C.M., 18 avril 1917.
(125) C.M., 15 mai 1912.

arrêt (126) vient cependant d'admettre la recevabilité d'une opposition dans des circonstances, il est vrai, un peu particulières. Un jugement avait été rendu et n'avait pas été notifié pas plus que la déclaration d'appel d'ailleurs, et il n'avait été statué qu'en présence des seuls appelants et sur leurs conclusions. Cette décision appelle des réserves, sous l'empire du texte où elle a été rendue, le délai d'appel partait en effet du jour du prononcé du jugement et l'absence de sa notification était indifférente, d'autre part, l'article 100 spécifiait que l'appel devait être jugé contradictoirement sur le vu du dossier, en l'absence comme en présence des parties.

Par contre, l'article 109 de l'ordonnance du 3 octobre 1960 qui a remplacé l'article 100 justifierait davantage la solution, puisqu'il prévoit que le délai d'appel court désormais du jour de la notification et non plus du jour du prononcé du jugement.

Le pourvoi en cassation.

141. — Il fut un temps où l'ouverture du pourvoi en cassation était extrêmement limitée en matière d'immatriculation. Il n'était ouvert à Madagascar (art. 105) et en Afrique occidentale (art. 115) qu'au Ministère public pour violation de la loi et au Maroc (art. 47) au procureur général, mais seulement dans l'intérêt de la loi.

Le législateur marquait une fois de plus sa volonté d'aller vite, en limitant les cas d'ouverture de cassation à une violation grave de la loi, appréciée non par les parties intéressées, mais par un arbitre supérieur, le procureur général près la Cour d'appel.

Au Maroc, la forme et le délai du pourvoi étaient réglés ainsi que les effets, dans l'intérêt de la loi seulement. En Afrique occidentale, il doit être formé dans le mois de la décision, et pour les formes, il est renvoyé à la procédure ordinaire.

Par contre, à Madagascar, le pourvoi en cassation présentait des singularités. Le recours était d'abord déclaré non suspensif. L'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel amenait donc le conservateur à établir le titre réputé définitif et inattaquable par la loi, la décision de cassation ne pouvait par conséquent avoir d'effet sur lui, à moins d'admettre, comme nous l'avions suggéré, de porter sur le titre la mention de l'existence du pourvoi.

Autre anomalie, le pourvoi, comme en Afrique occidentale, était réservé au Ministère public, alors que d'ordinaire, en matière civile, le Ministère public se pourvoit exclusivement dans l'intérêt de la loi et non des parties, on pouvait donc douter de sa nature, mais la Cour de cassation avait précisé dans un arrêt du 16 juillet 1914 « qu'il ne s'agissait pas d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi dans le sens de l'article 88 de la loi du 27 ventose an VIII et dont les parties ne peuvent se prévaloir, la partie finale indiquant que le

(126) C.A.M., 24 février 1960.

recours n'est pas suspensif, implique que le pourvoi profite ou nuit aux parties ».

Enfin le délai pour ce pouvoir n'était pas précisé, la Cour suprême avait été ainsi amenée a recevoir un pourvoi, sans condition de délai, plus d'une année après le prononcé de la décision.

La matière a été heureusement reprise dans l'article 116 de l'ordonnance malgache de 1960. Désormais, les décisions en dernier ressort peuvent être attaquées par le recours en cassation, mais exclusivement sur pourvoi du procureur général ou du ministre dont relève le service des domaines, le délai du pourvoi est fixé à deux mois et le recours est déclaré suspensif.

Par ailleurs, depuis l'Indépendance, la création de Cours suprêmes a amené certains Etats à ouvrir plus largement l'accès de la cassation, c'est ainsi que le Maroc (art. 47 du Dahir du 28 mai 1958), le Gabon (art. 27 de la loi du 8 mai 1963), autorise le pourvoi en matière d'immatriculation aussi libéralement qu'en matière civile ordinaire. Au Sénégal, c'est la jurisprudence qui a décidé que le pourvoi était ouvert à toute partie intéressée (127).

Cette réforme devrait se généraliser, la proximité des Cours suprêmes, comme les exigences d'une meilleure justice dans une matière importante justifieraient l'apport de cette garantie aux plaideurs dont aucune raison valable n'explique pour cette matière spéciale la suppression.

VII. — L'exécution du jugement

142. — L'exécution d'un jugement ordonnant immatriculation incombe au conservateur.

Il peut s'écouler un certain temps entre la décision du tribunal et l'établissement du titre par le conservateur. On peut se demander quel sera le régime juridique de l'immeuble pendant ce laps de temps.

La question peut se résoudre aisément si l'on observe que c'est l'immatriculation qui opère le changement de régime et non pas la décision elle-même qui se borne à l'ordonner. Tous les textes fonciers font la distinction entre le statut des immeubles immatriculés et le statut de ceux qui ne le sont pas.

Cette opinion qui prévaut en Tunisie (128) est encore plus fondée en Afrique occidentale et au Maroc où la décision d'immatriculation n'appartient qu'au conservateur.

---

(127) Cour suprême du Sénégal, 3 septembre 1965, Pen. 1967, 503. « Le texte organique de la Cour suprême (ordonnance du 2 septembre 1960, art. 3 et 111) a implicitement abrogé l'article 115 du décret foncier de 1932. »

(128) Soulmagnon, *op. cit.*, p. 81.

VIII. — Les notifications

143. — Les notifications à faire aux parties intéressées sont remises administrativement, en matière d'immatriculation, par l'intermédiaire des administrateurs, des maires et des chefs locaux en Afrique occidentale (art. 117), en Tunisie (art. 342 du Code des droits réels), ou des parquets et des agents de l'administration à Madagascar (art. 114). Récépissé en est retiré et adressé à l'auteur de la notification. La minute de la notification et l'accusé de réception sont joints aux dossiers de la procédure. Dans ces deux pays, il est également prévu que les notifications peuvent être faites par lettres recommandées avec accusé de réception.

Le dahir foncier marocain ne règle pas la manière dont la notification doit être faite aux parties, pour les jugements on se réfère aux règles posées par le dahir sur la procédure civile, la notification est faite d'office dans les huit jours par extrait à domicile élu par le greffier, les autres notifications sont faites par la voie administrative (129).

D'une façon générale, les notifications doivent être faites avec le même respect de la forme que les actes d'huissier qu'elles remplacent. Le tribunal doit veiller avec un soin particulier à la régularité des notifications. Avant de statuer, il doit s'assurer que figurent bien au dossier de la procédure, les minutes des mises en demeure, les minutes des accusés de réception de ces mises en demeure, à défaut de quoi, il doit surseoir à statuer et, le cas échéant, il doit ordonner l'expédition de nouvelles notifications avant de faire droit, en relevant les opposants de la déchéance qui peut les frapper. En appel, la cour doit relever d'office cette lacune, en annulant le jugement et en ordonnant avant faire droit, l'expédition de nouvelles mises en demeure aux opposants par le soin du juge compétent (130).

Même si ces pièces figurent au dossier, le tribunal ne peut statuer que si elles apparaissent régulières : ainsi un fonctionnaire chargé de la notification ne saurait se borner à faire dire aux intéressés qu'ils ont à se présenter à son bureau et lorsqu'ils ne l'ont pas fait, les témoins doivent être considérés comme n'ayant pas été cités et une nouvelle enquête doit être ordonnée (131). Il arrive également que les récépissés portent simplement que le pli a été délivré au Caïd X ou au cheikh Y ou au chef de quartier et de village. Ces notifications sont nulles, la remise du pli doit être faite au destinataire qui devra être mentionné au récépissé (132).

Le refus du destinataire doit être constaté, soit par une inscription spéciale, soit par un refus distinct, cette inscription valant jusqu'à inscription de faux (art. 1317 du Code civil).

(129) Caillé, *op. cit.*, p. 69.
(130) C.M., 2 novembre 1915.
(131) C.M., 20 août 1910, Pen. 1910, 285.
(132) Rabat, 22 avril 1936, G.T.M. 1936, 254.

CHAPITRE III

LES EFFETS DE L'IMMATRICULATION

L'immatriculation produit un double effet :

1° L'immatriculation emporte purge des droits non révélés et consécration des droits révélés, c'est la raison d'être de toute la procédure publique et contradictoire qui la précède ; elle donne à la propriété une base de départ sûre, exclusive de toute contestation.

2° L'immatriculation place l'immeuble sous un nouveau régime législatif, l'immeuble immatriculé est désormais régi par des règles particulières. Nous les retrouverons plus loin sous le titre « La condition juridique de l'immeuble immatriculé »,

La rigueur attribuée aux effets de la consécration des droits révélés relève d'une option. Il existe en effet en ce qui la concerne deux grands systèmes.

a) le système de la force probante absolue,

b) le système de la force probante relative.

A. — Le système de la force probante absolue

144. — C'est le système de l'Act Torrens. Il décide que l'immatriculation est un mode absolu et définitif de consécration de la propriété immobilière, à l'égard de tous, des parties comme des tiers. « Aucune action en éviction ne sera recevable contre le propriétaire immatriculé et la production en justice du certificat du titre foncier formera un obstacle absolu à la pousuite qui sera intentée contre la personne qui sera désignée comme propriétaire » (art. 123 de l'act édicté en 1861 pour l'Australie du Sud voir *supra* n° 10).

L'action en revendication est exceptionnellement réservée contre le propriétaire du titre au cas où .

a) l'immatriculation a été obtenue frauduleusement ;

b) il y a eu erreur de bornage ;

c) l'action est exercée par le porteur d'un certificat de titre antérieur.

Mais l'action échoue, dans tous les autres cas, même si elle est exercée par un acquéreur ou un créancier hypothécaire de bonne foi.

En dehors des cas énumérés, la victime lésée par une immatriculation ne conserve contre l'auteur de la fraude ou de l'erreur ou, s'il y a lieu, contre le Registrar, qu'une action en responsabilité (*infra*, n° 167).

La majorité des législations outre-mer a adopté le principe de l'indiscutabilité du titre foncier : la Tunisie (art. 308, *infra*, n° 146, note 5), le Congo (art. 36), le Maroc (art. 62), le Gabon (art. 39-41), Madagascar (sous l'empire du décret du 4 février 1911), le Cameroun (art. 123).

B. — Le système de la force probante relative

145. — Dans d'autres pays, le principe n'a pas été admis avec la même rigueur. Si, en ce qui concerne les tiers la règle a été maintenue, généralement sans discussion, à l'égard des parties il n'en a pas été de même. On a remarqué en effet que : « si le principe de la foi due au titre foncier s'oppose d'une façon absolue à ce qu'il soit élevé un nouveau débat sur la question de propriété de l'immeuble immatriculé ou réclamé un droit non inscrit à l'encontre du tiers acquéreur ayant succédé au droit du premier inscrit, est-il nécessaire de prononcer la même déchéance à l'égard d'un créancier hypothécaire ou privilégié ou bénéficiaire d'une charge foncière tenant son droit du premier inscrit encore en possession. Il a conservé en effet la faculté d'exiger de ce dernier l'exécution d'une convention qui continue malgré les événements à faire la loi des parties, on ne saurait y voir d'inconvénient si l'on prend soin de spécifier que le droit ainsi tardivement invoqué ne devra prendre rang qu'à compter de son inscription » (1).

Il paraît en effet choquant que le propriétaire puisse à la faveur de la procédure qu'il instaure dans son intérêt exclusif, exploiter l'absence, la négligence ou l'ignorance de son co-contractant pour se soustraire à ses engagements et le dépouiller. On a dit « les mêmes raisons qui ont fait refuser le bénéfice de la purge au débiteur personnel en droit français devraient conduire à refuser le bénéfice de l'immatriculation aux constituants même de ces droits » (2).

---

(1) Boudillon, *Commentaire de l'avant-projet du décret établissant le régime de la propriété foncière en Afrique occidentale*, p. 117.

(2) Léris, sous Rabat, 5 avril 1952, R.U.F. 1952, p. 572.

Rationnellement les rapports entre parties n'intéressent pas l'ordre public. Le régime foncier est avant tout un régime de publicité immobilière. Il est destiné à consolider le droit, c'est-à-dire à prouver l'existence du droit du titulaire inscrit au regard des tiers, en leur évitant de rechercher dans le passé la réalité du droit qu'ils acquièrent, mais en laissant en dehors de ses prévisions les rapports entre les parties, c'est le système de la purge au profit des tiers. L'immatriculation n'a plus qu'un effet relatif et n'opère purge des droits non révélés qu'à l'égard des tiers mais non des parties dont les droits ne sont en rien affectés par l'immatriculation de l'immeuble (3).

Ce système rencontre la faveur d'autorités considérables (1 et 2). Il a été préconisé par la Commission extra-parlementaire du cadastre. Il est appliqué en Afrique Occidentale (art. 122), au Togo (art. 97), il vient d'être admis à Madagascar lors de la refonte du régime foncier de 1960 (art. 121).

C'est encore le système de la Syrie et du Liban (arrêté du Haut Commissaire du 15 mai 1926) et du Siam, depuis le 1er avril 1926.

Cependant, même la valeur du principe de l'autorité absolue immédiatement reconnue aux mentions du livre foncier à l'égard des tiers a été contestée.

Dans les territoires de vieilles civilisations où l'appropriation des terres est ancienne, la propriété est très morcelée et souvent enchevêtrée, les garanties apportées par les mesures de publicité qui précèdent l'immatriculation sont insuffisantes à donner des résultats que l'on peut tenir pour définitifs et inattaquables, l'autorité relative donnée aux droits révélés apparaît comme une mesure de prudence indispensable (4). C'est la raison pour laquelle

(3) Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, p. 434. Labbé sous T.M., 15 décembre 1909, R.A. 1911, 2, 389.

(4) Sur le parallélisme entre la valeur probante des droits révélés, l'efficacité des mesures de publicité préalables et le rôle que peut être amenée à jouer la jurisprudence en la matière, le professeur Lingat cite le cas particulièrement démonstratif du Siam (note sous Saïgon, 6 octobre 1951, R.U.F. 1952, P. 152). En 1901, le régime foncier instauré au Siam, inspiré de l'Act Torrens prévoyait que le titre foncier était « l'unique moyen de preuve de la propriété », les tribunaux décidèrent d'abord que les nouveaux titres étaient inattaquables. Mais il se révéla bien vite que les titres comportaient de nombreuses erreurs provoquées elles-mêmes par les erreurs du plan cadastral dues à l'exiguïté du plan de la parcelle annexé au titre et aux chevauchements de propriété qui en découlaient. Devant ces constatations, la jurisprudence se modifia et ne reconnut plus aux titres qu'une valeur de presomption simple en faveur des titulaires, ce qui ruinait l'économie du système. Aussi de nouveaux plans parcellaires plus exacts furent-ils établis et le législateur se crut alors autorisé à réagir contre la tendance jurisprudentielle ; mais instruit par l'expérience, il ne rendit le titre inattaquable qu'à l'égard des tiers acquéreurs à titre onéreux et de bonne foi, dans le nouveau Code civil entré en vigueur le 1er avril 1932, retrouvant la solution préconisée par la Commission du cadastre. La preuve contraire reste possible à l'encontre du propriétaire immatriculé tant que le titre est resté entre ses mains.

la Commission extra-parlementaire du cadastre pour la France avait préconisé que pendant un délai de deux années l'immatriculation prononcée n'aurait pas plus de force probante que celle des transcriptions et inscriptions du droit français actuel. Toutes les revendications des parties comme des tiers restaient autorisées avec leur incidence possible même contre les tiers de bonne foi. Passé ce délai, l'immatriculation, sans purger aucun des droits à l'égard du requérant qui l'aura obtenue, avait un effet probant à l'égard des tiers de bonne foi à titre onéreux, ces derniers ne pouvant être inquiétés en aucune façon par les revendications entreprises contre les titulaires de droits antérieurement inscrits.

Un tel principe n'a cependant jamais été admis outre-mer. Le titre d'immatriculation y est réputé inattaquable comme les inscriptions concomitantes, réserve faite de la possibilité parfois pour ceux qui ont traité antérieurement à l'immatriculation avec le propriétaire de faire valoir leurs droits.

Cependant, si absolue que soit la règle, elle comporte des limites. D'autre part, un recours indemnitaire a été prévu en faveur des personnes lésées par la procédure. Ces différentes questions seront traitées dans les sections suivantes.

Section I

Le caractère inattaquable du titre foncier

146. — Tous les textes fonciers consacrent en termes formels le caractère inattaquable du titre foncier établi après la procédure d'immatriculation, soit par décision de justice, soit par le conservateur lui-même (5).

(5) Madagascar, art. 121 : « Le titre foncier est définitif et inattaquable ; il constitue devant les juridictions malgaches le point de départ unique des droits réels et charges foncières existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation, à l'exclusion de tous les autres droits non inscrits. Toute action tendant à la revendication d'un droit non révélé en cours de procédure est irrecevable. Afrique occ., art. 121, même texte moins la dernière phrase, Maroc art. 62 : « Le titre foncier est définitif et inattaquable, il forme le point de départ unique des droits et charges foncières existant sur l'immeuble, au moment de l'immatriculation, à l'exclusion de tous autres droits non inscrits. »

Tunisie, l'art. 19 de la loi tunisienne abrogée par la loi du 12 février 1965 consacrait le principe de la purge des droits antérieurs non inscrits. Les dispositions du Code des droits réels qui le remplacent ne proclament pas l'intangibilité des droits inscrits, mais elle se déduit du texte de l'article 308 : « Tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation sont inscrits sur le titre de propriété. Le droit non inscrit est réputé non avenu. » Et de l'article 337 : « Toute personne dont les droits auraient été lésés par suite d'une immatriculation ou d'une inscription n'aura jamais de recours sur l'immeuble, mais seulement en cas de dol, une action personnelle en dommages-intérêts contre l'auteur du dol. » Ainsi les droits inscrits ne peuvent être attaqués et les droits non inscrits n'existent pas.

Cet attribut du titre foncier a été emprunté à l'Act Torrens (*supra*, n° 144).

L'immatriculation n'est prononcée qu'après une vaste publicité et l'observation de formalités minutieuses destinées à sauvegarder les droits des tiers, de son côté, le requérant est mis à même de connaître toutes les oppositions et les demandes d'inscription que le dépôt de la réquisition peut provoquer d'y acquiescer ou de les repousser, les juridictions sont saisies des conflits et les règlent, il est donc normal qu'à l'expiration de cette procédure, l'immatriculation qui peut être ordonnée ne puisse plus être contestée.

L'intangibilité du titre ainsi constituée est absolue au point que la règle fondamentale que la fraude ne peut servir à établir un droit, fléchit puisque la loi accorde seulement en matière de dol une action personnelle en dommages-intérêts, au lieu de l'action réelle, déclarée irrecevable.

L'immatriculation se révèle ainsi créatrice de droit puisqu'elle confère au bénéficiaire un droit nouveau, inattaquable, sur son immeuble.

L'intangibilité du titre interesse, à la fois, la situation matérielle de l'immeuble et sa situation juridique.

I. — Intangibilité matérielle

147. — Les limites de la propriété telles qu'elles sont définies dans le titre ne peuvent plus être discutées.

Ce principe a reçu de fréquentes applications, en particulier à l'occasion d'empiètements. D'une façon générale, la jurisprudence ordonne la démolition des constructions qui, d'après le titre foncier, empiètent sur un immeuble immatriculé (6). Le juge des référés est même compétent pour ordonner les mesures propres à faire cesser le trouble, car l'empiètement qui ne se justifie par aucun droit actuel opposable au propriétaire est un *état de fait* dont la supression peut être ordonnée par le juge des référés (7).

La protection légale s'étend aux constructions édifiées sur le terrain immatriculé, en l'absence de toute revendication sur ces constructions pendant la procédure préalable (8) ; par contre, le caractère inattaquable du titre foncier établi pour le sol ne s'oppose pas à ce qu'un litige existe sur les constructions édifiées postérieurement à l'établissement du titre (9).

---

(6) Notamment lorsque les constructions édifiées débordent au sous-sol par les fondations et les faux aplombs, la suppression peut en être ordonnée, si le titre ne mentionne aucune charge ou servitude. Tunis, 3 mars 1936, R.A. 1937, 137.

(7) Civ., 17 juin 1957, Bull. 1957, I, 227.

(8) Civ., 11 mai 1954, R.U.F. 1955, 419.

(9) Rabat, 14 janvier, 1939, X, 198.

Dérogations.

146. — Les hypothèses où il est dérogé au principe de l'intangibilité matérielle de l'immeuble et où il est porté atteinte aux limites de l'immeuble sont extrêmement rares, cependant on relève trois cas :

1° La jurisprudence fait fléchir le principe lorsque les inconvénients qui peuvent en résulter, sont infiniment moins graves que ceux que son respect exigerait, mais à condition que l'auteur de l'empiètement soit de bonne foi. Il en est ainsi par exemple lorsque le débordement résulte d'une erreur commise sur les limites et ne procède pas de la volonté arrêtée de contrarier les droits du propriétaire riverain, ou tout au moins, la bonne foi se présumant, lorsque la mauvaise foi n'est pas démontrée (10).

C'est dans cet esprit que le législateur malgache vient d'admettre une prescription particulière, réduite à dix années à compter du permis de construire administratif en cas d'empiètement d'une construction sur la limite d'un fonds voisin immatriculé, sur une profondeur d'un mètre au plus (art. 82 de l'ordonnance du 3 octobre 1960). Initiative intéressante, car elle réduit le nombre de revendications d'empiètements légers et dont la suppression entraînerait un dommage beaucoup plus important que le maintien.

2° Au cas où tout ou partie de l'immeuble ferait l'objet d'une seconde immatriculation, hypothèse non dénuée de vraisemblance dans les territoires d'outremer où il n'existe pas de cadastre et où les bornes peuvent s'enfouir ou disparaître, la solution de l'Act Torrens (art. 123) devrait s'imposer et la préférence donnée au titre le plus ancien, ce qui aboutit indirectement à modifier les limites de l'immeuble.

Le législateur malgache vient de consacrer cette solution que nous avions préconisée (11) à l'occasion de la refonte de la législation foncière, l'article 6 de l'ordonnance de 1960 prévoit en effet : « Au cas où par erreur, un même immeuble ou une même portion d'immeuble serait immatriculé deux fois, la première immatriculation sera seule valable et primera la seconde qui sera en conséquence annulée par le conservateur, à moins qu'il n'estime nécessaire de renvoyer les parties à se pourvoir comme de droit. »

« L'annulation est faite d'office et sans frais par le conservateur sur instruction du chef du service des Domaines, au vu d'un rapport du chef du service topographique. Les opérations rectifi-

(10) Voir sous Saïgon, 6 octobre 1951, Pen. 1952, 152, note Lingat et R.U.F. 1951, 573, note Léris : lorsque l'acheteur a certainement connu l'existence des empiètements dont il a mesuré les inconvénients (Req. 3 décembre 1935, R.A. 1937, 13) ; lorsque les empiètements reprochés proviennent d'une erreur de bornage (Saïgon précité) ; lorsque les constructions ont été faites sur la propriété au su et au vu du propriétaire (Tananarive, 19 octobre 1912).

(11) Notre traité, n° 259.

catives de bornage et de réfection du plan, s'il y a lieu, sont effectuées sans délai et sans frais par le service topographique. Dans le cas d'annulation, le duplicata du titre foncier ou l'extrait de la matrice cadastrale délivré sera frappé de déchéance et déclaré nul et sans valeur. Un avis dans ce sens est alors notifié dans la forme administrative au propriétaire porteur du duplicata et publié au *Journal Officiel* à la diligence du conservateur. »

3° Enfin la jurisprudence de la Cour de Rabat a admis au cas où l'action pour dol est ouverte, le tiers évincé à conclure à une condamnation alternative du titulaire du titre foncier, soit à la reconnaissance de ses droits par une mention conforme sur le titre foncier, soit au paiement d'une somme représentant la valeur du droit disparu (12). Il est bien évident que si la valeur du droit disparu est largement estimée, le constituant inclinera vers la première solution qui peut aboutir à la rectification des limites de l'immeuble et ainsi indirectement à la modification des limites de l'immeuble.

II. — Intangibilité juridique

149. — Le propriétaire désigné au titre foncier lors de son établissement est réputé propriétaire originaire de l'immeuble. Le caractère inattaquable du titre foncier s'oppose à ce que soient inscrits des droits nés d'une situation juridique antérieure et non révélés au cours de l'immatriculation.

La déclaration initiale de propriété sur le titre foncier est d'ailleurs abstraite ; elle n'indique pas les conditions dans lesquelles le premier titulaire est devenu propriétaire, tandis que les inscriptions ultérieures comportent une relation détaillée de la mutation d'où le droit qu'elle relate a pris naissance.

L'intangibilité juridique du titre foncier, après immatriculation, peut se définir en deux propositions.

a) Les droits inscrits ne peuvent plus être contestés.

b) Les droits non révélés ne peuvent plus être inscrits.

150. — *a*) Les droits inscrits ne peuvent plus être attaqués, pas plus par les parties qui ont signé les conventions qui les consacrent que par les tiers qui y sont restés étrangers.

Par les parties, c'est ainsi que le caractère inattaquable du titre foncier s'oppose à ce que soit discutée la validité de conventions passées avant le titre par ceux qui y ont été parties (13), ou à ce qu'un requérant initial qui a volontairement laissé se poursuivre l'immatriculation au nom de son ayant cause vienne discuter, après l'établissement du titre, les droits de cet ayant

(12) Rabat, 27 janvier 1926, Rec. II, 336.
(13) Rabat, 13 janvier 1951.

cause (14), à l'action d'un copermutant évincé de la chose immatriculée postérieurement à l'échange (15), ou à l'action entreprise sur la base d'une erreur sur des droits immatriculés (16).

L'aveu même de l'autre partie ne saurait éluder les dispositions impératives de la loi foncière relativement à la purge des droits après immatriculation. Ainsi, la vente d'un immeuble par des héritiers est annulée par la délivrance ultérieurement du titre au nom de l'auteur des vendeurs qui avait requis l'immatriculation, malgré l'aveu des héritiers vendeurs révélé par des offres réelles aux fins de rachat (17).

Le droit reste inattaquable, même si une décision judiciaire passée en force de chose jugée, en affirmait l'inexistence, ainsi en est-il de la résolution de la vente d'un immeuble prononcée par une décision passée en force de chose jugée, lorsque l'acquéreur a fait immatriculer l'immeuble en son nom (18).

Par les tiers qui ne peuvent attaquer pour quelque motif que ce soit les inscriptions portées sur le titre foncier au moment de son établissement.

En cas de faillite, l'hypothèque ne peut être annulée après immatriculation, même si elle a été prise pendant la période suspecte (19), l'immeuble immatriculé au nom de la femme doit être considéré comme un propre, alors qu'en fait l'immeuble dépendait de la communauté et était le gage de ses créanciers (20) et même si une décision passée en force de chose jugée, a décidé qu'il était commun (21), la prorogation d'un délai de résolution prévu dans un acte de vente appuyant une réquisition, ne peut être opposée à un créancier hypothécaire de bonne foi inscrit au cours de la procédure d'immatriculation, si cette prorogation a été accordée par une traite non révélée (22).

Les atteintes à la réserve héréditaire ne peuvent être réparées (23), un bien ne peut être déclaré habou en faisant état d'actes non révélés antérieurs à l'établissement du titre (24) la valeur d'un

(14) Rabat, 13 décembre 1930, Rec. VI, 150.
(15) C.M., 9 décembre 1915.
(16) Rabat, 18 janvier 1947, Rec. 1947, 167. Abandon sans contrepartie de droits sur l'immeuble dans la croyance erronée qu'ils étaient sans fondement.
(17) Civ., 23 octobre 1957, Bull. 1957, I, 334.
(18) Civ., 9 février 1954, Bull. 1954, n° 531.
(19) Alger, 29 octobre 1902, R.A. 1903, 354.
(20) C.M., 18 juin 1913, Dar 1915, 39.
(21) Espèce jugée en Côte française des Somalis.
(22) Rabat, 10 mai 1927, Pen. Mar. 198, 99.
(23) C.M., 8 août 1946. L'action des héritiers réservataires, enfants du premier lit, en recel et détournement de biens successoraux, est irrecevable sur les immeubles vendus fictivement par le de cujus aux enfants du second lit, si ceux-ci les ont fait immatriculer avant le décès du de cujus.
(24) Rabat, 26 septembre 1944, XII, 51.

titre d'occupation provisoire inscrit, ne peut plus être discutée par un tiers, lorsque l'immatriculation a été prononcée (25).

Ce premier principe a toujours été admis sans réserve, il n'en est pas de même du second.

151. — *b*) Les droits non révélés ne peuvent plus être inscrits.

Le caractère inattaquable du titre foncier et de ses mentions s'oppose à ce que soient inscrits des droits non révélés, nés d'une situation juridique antérieure à l'immatriculation.

Les droits non révélés sont ignorés et réputés non avenus. Peu importe que le défaut d'inscription provienne d'un oubli ou de toute autre cause, par le fait même de leur absence, l'immeuble se trouve dégagé (26). Ce principe est d'ordre public et la bonne foi est indifférente (27). Il s'applique même au cas où les droits des incapables ont été mal défendus (28), l'établissement du titre purge les droits non révélés d'un mineur.

Les conventions privées ne sauraient y faire échec (29) pas plus que les dispositions du Code civil et quand même ces droits résulteraient de jugements passés en force de chose jugée (30).

Ce principe s'applique aux parties comme aux tiers.

1° Anéantissement des droits des tiers.

152. — La jurisprudence et la doctrine admettent sans dissidence la purge des droits des tiers quelle qu'en soit l'origine, lorsqu'ils n'ont pas été révélés au cours de la procédure d'immatriculation.

---

(25) Dakar, 29 juillet 1928, Dar 1928, 130.

(26) C.M., 29 mai 1901.

(27) Civ., 21 décembre 1956.

(28) C.M., 24 mai 1922, Dar 1922, 109. Il en est notamment ainsi lorsque le père et l'oncle des mineurs étant communs en biens, l'oncle à la mort du père a profité de la tutelle conférée sur les neveux pour faire immatriculer en son nom personnel l'une des propriétés communes qui a passé à ses héritiers ; les mineurs ne peuvent demander l'inscription des droits qu'ils tiennent de leur père. Rabat, 29 avril 1950, 1er avril 1937, IX, 412.

(29) Dakar, 29 juin 1928, Dar 1929, 130 : « Ainsi le locataire évincé pour défaut de déclaration de bail lors de l'immatriculation de l'immeuble ne peut opposer à l'adjudicataire que dans le cahier des charges ayant précédé la vente par adjudication de l'immeuble, il a été stipulé que l'adjudicataire serait tenu d'exécuter les baux faits par l'ancien propriétaire, cette clause toute de style n'a que la valeur d'une convention privée ne pouvant aller à l'encontre d'une disposition d'ordre public. Dakar, 29 juin 1928, Dar 1928, 130.

(30) Est irrecevable l'action d'associés tendant à faire inscrire leurs droits en qualité de copropriétaires sur le titre foncier d'un immeuble appartenant en réalité à la société, mais immatriculé au nom d'un des membres de cette société, alors même qu'une décision de justice postérieure à l'immatriculation constate que l'immeuble a fait l'objet d'un apport en société antérieur à la demande d'immatriculation formulée par l'apporteur, en son nom. Rabat, 24 juin 1944, Pen marocain 1945, 113.

L'immatriculation d'un bien crée une présomption de propriété irréfragable au profit du bénéficiaire, même à l'encontre des tiers qui se prétendent copropriétaires, mais dont les droits n'ont pas été inscrits lors de la procédure d'immatriculation (31).

Les droits d'un locataire en vertu d'un bail de longue durée (32), le droit de chefaa ou de retrait (33) sont également purgés faute d'avoir été inscrits, les droits des cohéritiers sur un immeuble immatriculé au nom exclusif de l'un d'entre eux (34).

Toutefois en Tunisie, le Tribunal immobilier prononce parfois, à titre exceptionnel, l'immatriculation avec des réserves, de manière à ménager certaines actions dont le germe existe à l'état latent dans des actes ou des faits antérieurs à l'immatriculation, telles des réserves de droit de jouissance ou d'usage au profit de tunisiens de telle région qu'il est impossible, soit juridiquement, soit matériellement, d'inscrire immédiatement (35). Il ne s'agit pas là d'une dérogation véritable au caractère incommutable du titre foncier, mais seulement d'une limite à ses effets. Le Tribunal puise la justification de cette jurisprudence dans le pouvoir discrétionnaire qu'il possède pour rejeter ou admettre la demande d'immatriculation. Juridiquement, la solution est discutable, mais pratiquement elle évite le rejet ; d'autre part, les tiers sont avertis par la réserve portée sur le titre foncier de l'existence de droits éventuels non inscrits, il s'agit en fait d'une véritable prénotation, valable à condition qu'elle soit suffisamment précise.

Ce procédé offre l'avantage d'abréger les délais de procédure, souvent très longs, lorsque le droit du requérant n'est pas en cause, mais que d'autres droits réels sont litigieux. Dans ces limites, cette jurisprudence est à approuver.

2° Anéantissement du droit des parties.

153. — Si l'anéantissement des droits non révélés des tiers par la procédure d'immatriculation a été admis sans conteste, il n'en a pas été de même de l'anéantissement des droits acquis du constituant ou de ceux dont les droits ont été reconnus par l'immatriculation.

I. — La jurisprudence

154. — Dans les pays où le législateur n'est pas intervenu pour sauvegarder ces droits, une certaine jurisprudence s'est parfois efforcée de les conserver.

(31) Civ., 23 nov. 1953, Bull. 1953, 270.
(32) Dakar, 20 juillet 1928, Dar 1929, 130.
(33) Rabat, 28 décembre 1946, Pen. 1948, 113, et la note critique.
(34) Rabat, 24 mai 1929, V, 78.
(35) T.M., 23 mai 1894 ; R.A. 1894, 2, 401.

a) Système de la sauvegarde des droits des parties non révélés.

155. — Il s'inspire des raisons qui ont fait admettre par des législations de plus en plus nombreuses le maintien des droits acquis du constituant : raison de haute équité et de justice (voir *supra,* n° 145).

La première application de ce système semble avoir été faite par la Cour d'appel d'Alger (36). Cette cour a admis la revendication d'un copropriétaire après l'immatriculation. Mais c'est surtout au Maroc que la jurisprudence, de 1926 à 1941, s'est efforcée de limiter les effets de l'immatriculation aux rapports avec les tiers en sauvegardant entre les parties la foi du contrat et le respect des engagements librement consentis (37). Elle a admis ainsi la possibilité pour l'ayant droit du premier titulaire de faire valoir des engagements antérieurs concernant l'immeuble (38), notamment le transfert de la propriété, lorsqu'il a été subordonné à l'immatriculation préalable de l'immeuble ; bien loin de remettre en question le droit de propriété du titulaire, cette action n'en paraissant au contraire que la conséquence (39) elle a encore admis des copropriétaires à faire valoir les droits qu'ils prétendent avoir acquis de propriétaires inscrits (40), à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'une simple modalité du contrat, comme l'usufruit que s'est réservé le vendeur d'un immeuble par acte séparé (41).

En Indo-Chine, un certain nombre de décisions avaient décidé également que les effets de la purge ne s'appliquaient pas aux rapports des parties entre elles, notamment lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une promesse de vente consentie antérieurement à l'immatriculation (42) ou même d'une vente (43).

En Tunisie, si la jurisprudence semble avoir toujours fait une application rigoureuse du principe de la purge des droits antérieurs non révélés, qu'il s'agisse de parties ou du tiers (44), elle a admis cependant quelques palliatifs à la règle, la rectification du titre foncier immatriculé au nom du mari seul lorsqu'il ressort des mentions du livre foncier que l'immeuble a été acquis pendant le

(36) Alger, 5 juillet 1902, R.A. 1905, II, 48. Le demandeur était membre d'une société à laquelle il soutenait que le constituant avait apporté l'immeuble antérieurement à la demande d'immatriculation déposée en son nom personnel. La Cour admet l'action du revendiquant.

(37) Rabat, 19 mai 1926, Rec. 1926, 366.

(38) Rabat, 14 mai 1931, Rec. 1935, 155 : « Le principe de l'irrévocabilité des mentions du livre foncier ne s'oppose pas à une discussion du droit conventionnel liant les parties et faisant l'objet d'une inscription postérieure à l'établissement du titre. »

(39) Rabat, 13 mai 1935, VIII, 155.

(40) Rabat, 9 mai 1941, Rec. 1942, 116.

(41) Rabat, 1er décembre 1928, Rec. V, 140.

(42) Saïgon, 1er octobre 1943, R.U.F. 1947, 599 et note Caratini.

(43) Saïgon, 10 avril 1931, Pen. 1931, I, 200.

(44) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 114.

mariage (voir *infra*, n° 158), l'inscription des baux de longue durée, motifs pris que le texte vise les droits réels et que le droit du locataire n'est pas un droit réel (45).

b) Système de la purge des droits des parties.

156. — Mises à part ces décisions assez exceptionnelles qui réservent les droits des parties non publiés, d'une façon générale, la jurisprudence applique avec rigueur le principe de la purge de droits non révélés nés de rapports contractuels antérieurs entre le constituant et les tiers. Elle estime que l'immatriculation ne constitue pas une formalité de publicité sans effet entre les parties et que l'intangibilité du titre fait échec à l'exécution des conventions entre les parties, même lorsque cette exécution ne cause aucun préjudice aux tiers, le caractère absolu des dispositions légales applicables à l'égard de tous ne permettent, en aucun cas, l'inscription de droits nés d'une situation juridique antérieure à l'immatriculation. Le dernier état de la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat est dans ce sens (46). La Cour de cassation lui apporte sa consécration (47).

La jurisprudence dissidente qui a admis le maintien des droits des parties a eu néanmoins la conséquence heureuse d'attirer l'attention sur ce problème et de provoquer à Madagascar notamment, une évolution législative dans ce sens lors de la refonte du texte organique en 1960.

II. — Le législateur

157. — Pour prévenir la purge des droits des parties non révélés au cours de la procédure d'immatriculation dont le principe est discutable (voir *supra*, n° 145), certaines législations ont autorisé l'inscription de ces droits après l'achèvement de la procédure. Cette inscription est alors soumise à deux conditions très légitimes, la première de ne pas préjudicier à d'autres droits régulièrement inscrits, la seconde de ne prendre rang qu'à compter de sa date.

En Afrique occidentale, le législateur a cependant limité ce bénéfice aux créanciers hypothécaires et aux bénéficiaires de charges foncières tenues directement du propriétaire qui a obtenu l'im-

(45) T.M., 23 mai 1894, R.A. 1894, 2, 401.

(46) Rabat, 9 novembre 1950, Rec. 1952, 407 : « Lorsque les requérants ont cédé leurs droits à un tiers au cours de la procédure d'immatriculation et que celui-ci a omis de déposer les actes d'acquisition, le titre foncier annule et purge les mutations du droit, aucune dérogation n'est admise, pas même l'aveu du requérant. » V. Cass., 6 février 1958 B, cas d'un partage non mentionné au titre.

(47) Civ., 17 avril 1956, 13 juin 1956, 3 octobre 1956 et 23 octobre 1957.

matriculation et écartant tous les autres détenteurs de droits réels. La solution est donc incomplète (art. 122 du décret du 26 juillet 1932). Le nouveau texte malgache (art. 212 de l'ordonnance du 3 octobre 1960) a comblé cette lacune et a promulgué un texte qui répond à toutes les exigences de l'équité en autorisant « les détenteurs de droits réels, de créances hypothécaires ou privilèges, et les bénéficiaires de charges foncières tenues directement, soit du propriétaire, soit des personnes qui ont obtenu l'inscription à la suite du titre foncier de leurs droits révélés au cours de la procédure », à requérir l'inscription de leurs droits, même après l'achèvement de la procédure.

A Madagascar, les droits des parties sont donc entièrement protégés contre les effets de l'immatriculation.

La situation de la femme mariée pose un problème particulier.

Cas particulier de la femme mariée.

158. — Les droits immobiliers de la femme mariée sont particulièrement exposés sous le régime de la communauté puisque le mari a la gestion des biens communs et peut en disposer sans le concours de la femme. Il peut ainsi faire immatriculer à son nom des immeubles communs et en faire des propres.

Le danger provenant du fait que le mari tienne sa femme à l'écart et dans l'ignorance des acquisitions immobilières faites par lui pendant le mariage n'avait pas échappé à la Commission extra-parlementaire du Cadastre qui avait proposé, pour y parer, l'article 12 de l'avant projet : « Au cas d'acquisition d'un immeuble par le mari en son nom seul durant la communauté, la publicité du droit de la femme résulte suffisamment de la mention qui est faite de l'état de mariage ou du contrat matrimonial dans l'inscription au nom du mari ».

L'expérience révèle qu'outre-mer et en particulier à Madagascar, l'immatriculation d'un immeuble acquis pendant le mariage, au nom du mari, est fréquente, la tentation ou l'inexpérience des maris est grande. Dans ce cas, la jurisprudence décide que l'immeuble doit être considéré comme un propre de l'époux au nom duquel il est immatriculé et la femme ne peut hors le cas de dol, réclamer son tiers coutumier (fatatelon tanana) en argent, sur la valeur d'un immeuble qu'elle dit avoir été immatriculé à tort au nom de son mari (48).

En Tunisie, la jurisprudence fait montre de moins de rigueur.

---

(48) C.M., 23 avril 1901 ; C.M., 6 sept. 1906 et C.M., 26 août 1914, Dar 1915, 55, 13 novembre 1957.

Récemment la Cour d'appel a rappelé sa jurisprudence, C.M. 15 février 1961 : « Attendu qu'une jurisprudence constante décide qu'un immeuble acquis pendant la mariage et immatriculé postérieurement au nom du mari seul doit être considéré comme un propre du mari... qu'en

Pour remédier à cette situation qui aboutit à la spoliation de la femme par le mari, pas toujours intentionnelle d'ailleurs, le Tribunal immobilier admet qu'il y a lieu à interprétation. En effet, l'état civil complet du propriétaire avec la date du mariage, le nom du conjoint et le régime adopté, figure sur le titre. Le Tribunal en déduit que l'immeuble peut être commun si le titre ne s'est pas prononcé sur la question (49). Il s'agit là manifestement d'un biais, car l'immatriculation au nom du mari seul implique irréfragablement qu'il s'agit d'un propre.

Il en serait toutefois différemment si l'immeuble avait été immatriculé au nom des deux époux à titre indivis sans préciser les quote-parts. Cette immatriculation doit alors s'entendre en principe non d'une attribution à chaque époux d'une moitié de l'immeuble, mais dans le sens d'une attribution à chaque époux de la part indivise qui lui est reconnue par la loi dans la communauté malgache (50).

Section II

La force probante des inscriptions concomitantes

159. — Les textes fonciers paraissent tous affirmer que le titulaire de droits inscrits sur le titre foncier au moment de l'immatriculation jouit des mêmes garanties que le constituant (51).

Telle est en tous cas la jurisprudence marocaine qui estime que les inscriptions concomitantes à l'établissement du titre foncier font corps à l'immatriculation et possèdent sa force probante (52).

A vrai dire, le principe ainsi émis appelle des réserves. Une distinction s'impose selon nous. Le caractère définitif et inattaquable ne peut s'attacher qu'aux droits reconnus après une publicité

---

effet les énonciations du titre foncier au moment de l'immatriculation revêtent une force absolue. »

La Cour de cassation a consacré cette doctrine en refusant à la femme malgache le droit au paiement du tiers de la valeur de l'immeuble construit à deniers communs pendant le mariage, partie sur un terrain déjà immatriculé au nom du mari, partie postérieurement immatriculé au nom du mari seul, admettant seulement qu'une action en remboursement du tiers des dépenses engagées pour sa construction aurait pu prospérer, que par contre le droit de superficie auquel elle aurait pu prétendre est perdu, faute d'avoir été révélé au cours de la procédure d'immatriculation. Civ., 1er décembre 1959.

(49) T.M., 20 janvier 1909, R.A. 1910, 2, 60 ; Soulmagnon, *op. cit.*, n° 115.

(50) C.M., 23 novembre 1927.

(51) Maroc, art. 62, Madagascar, art 121, Afrique occidentale, art. 121, Indo-Chine, art. 362, Tunisie, art. 19, voir *supra*, note 5, n° 146.

(52) Rabat, 8 juillet 1950.

qui permette aux tiers d'en discuter préalablement le bien-fondé. On peut difficilement concevoir que le simple fait de porter une inscription sur un registre foncier puisse à lui seule consolider des droits, alors que ceux qui ont intérêt à les contester n'ont pas été mis à même de le faire. C'est sous cet angle qu'il convient d'étudier la force probante des mentions inscrites sur le titre en même temps qu'il est dressé.

A. — Inscription de droits nés antérieurement au dépôt de la réquisition d'immatriculation

1° Droits révélés dans la réquisition :

160. — Lorsque les droits et charges ont été mentionnés dans la réquisition et publiés en même temps qu'elle et que personne n'est intervenu pour les contester dans les délais impartis, il est normal de leur reconnaître une autorité identique à celle qui consacre le droit de propriété du constituant. La purge doit avoir le même effet.

La jurisprudence tunisienne fait toutefois une judicieuse distinction entre l'hypothèque elle-même et la créance hypothécaire qui lui sert de fondement. Elle décide que l'inscription de l'hypothèque n'interdit pas au débiteur d'opposer au créancier les exceptions relatives à la créance antérieure à l'immatriculation et notamment à faire état de versement d'acompte (53). Cette distinction est valable partout.

2° Droits et charges omis dans la réquisition et révélés en cours de procédure :

161. — La publicité qui précède l'immatriculation peut amener la découverte de droits réels ou de charges omis intentionnellement ou non. Cette omission qui a pour effet de vicier les publications antérieurement faites dans l'intérêt des tiers devrait entraîner des publications complémentaires destinées à couvrir le vice de la procédure.

C'est ce que décide le Tribunal immobilier tunisien (54). L'épreuve préalable de la publicité et du débat contradictoire est une condition de l'intangibilité des droits.

Cette doctrine n'est pas suivie à Madagascar. Les droits révélés sont considérés comme inattaquables, sans qu'aucune publicité soit nécessaire. Il est soutenu que les tiers alertés par la publicité qui suit le dépôt de la réquisition ont le loisir de prendre connais-

---

(53) T.M., 7 mai 1914 ; R.A., 15 février, 381. Soulmagnon, *op. cit.*, n° 130.

(54) Tunis, T.M., 17 janvier 1900 ; R.A.. 1900, 238.

sance au registre des oppositions et des demandes d'inscriptions présentées — ce qui ne paraît guère pratique et n'est en tous cas absolument pas fondé au cas où ces demandes d'inscriptions suspectes sont retenues jusqu'au dernier moment — ; par ailleurs, il y est de principe admis que l'absence de publicité ne peut être invoquée après l'immatriculation, seules des actions personnelles pourraient être envisagées.

B. — Droits nés postérieurement au dépôt de la réquisition, mais avant l'immatriculation

162. — Il s'agit des droits nés pendant la période dite de « préimmatriculation » (voir *supra*, n° 83 et suiv.).

Pour nous, la question ne saurait faire de doute. La simple inscription de droits nés postérieurement au dépôt de la réquisition, avant l'expiration des délais d'opposition, en l'absence de toute publicité ne saurait leur conférer un caractère inattaquable. La valeur de telles inscriptions ne peut être supérieure à celle des inscriptions prises postérieurement à l'immatriculation, sans publicité préalable. A fortiori doit-il en être de même pour les inscriptions de droits nés après l'expiration des délais d'opposition.

Cependant à Madagascar, il s'était instauré une jurisprudence contraire et il était admis, sans discussion, que lorsqu'un immeuble est vendu postérieurement au dépôt de la réquisition, si l'acquéreur produit son titre par voie d'opposition, l'immatriculation est effectuée au nom du requérant, et mention de l'acte de vente est faite au titre foncier, mais postérieurement à l'immatriculation, le requérant ne peut demander la nullité de l'acte et sa radiation (55).

Solution discutable. Quelle différence peut-il y avoir entre l'acquiescement donné par le requérant à cette inscription et l'acquiescement donné par lui aux inscriptions qui suivent l'immatriculation. Comment justifier la purge des vices qui peuvent infecter le droit inscrit ? La solution donnée méconnaît l'économie du régime foncier. La loi foncière oblige en effet le requérant à déclarer les droits réels et charges qui existent sur l'immeuble au moment où il dépose la réquisition, les mesures de publicité prescrites ne visent que les droits et charges mentionnés dans le titre de réquisition et n'ont d'autre but que d'amener la révélation de droits qui auraient pu être omis dans la réquisition. La publicité n'intéresse pas les droits nés après le dépôt de la réquisition. On pourrait dire que si théoriquement on était certain de l'exactitude des mentions portées dans la réquisition, le titre serait établi séance tenante, lors du dépôt de la réquisition et les mutations postérieures seraient alors inscrites à la suite. Le caractère relatif de la force probante de ces inscriptions ne serait discuté par personne.

(55) C.M., 13 mars 1946.

Depuis la refonte de la législation foncière malgache qui autorise l'inscription postérieure, même à l'achèvement de la procédure, des droits tenus directement du propriétaire ou de tiers déjà inscrits « sous réserve de ne pas préjudicier à d'autres droits inscrits et de ne prendre rang qu'à compter de son inscription, sauf les effets réguliers d'une prénotation » (Art. 121), nous ne connaissons aucune décision prise sur l'autorité de ces inscriptions. Mais le caractère relatif de la force probante de l'inscription devrait être affirmé de plus fort.

La Tunisie a connu aussi ces incertitudes. Antérieurement à 1899, le Tribunal mixte par application des dispositions de l'article 19 de la loi tunisienne (*supra*, n° 84) estimait que la purge s'opérait au jour du jugement et reconnaissait aux droits nés pendant la période de préimmatriculation une force probante absolue, sous réserves qu'ils aient été régulièrement révélés. Le 22 mars 1899, le Tribunal immobilier inaugura une jurisprudence nouvelle aux termes de laquelle la purge ne s'opérait qu'à compter du dépôt de la réquisition et non du jour du jugement (56).

Le décret du 16 juillet 1899, consacra cette jurisprudence. Désormais les intéressés sont admis à déposer jusqu'au jugement, les conventions qui concernent l'immeuble, au greffe du tribunal, sous condition que les actes qui les constatent soient rédigés en conformité des prescriptions de la loi foncière. Les inscriptions qui les concernent prennent rang du jour du dépôt des actes au greffe, mais leur effet probant est celui des inscriptions ordinaires prises après l'immatriculation de l'immeuble. La purge des droits antérieurs se produit en effet au jour du dépôt de la réquisition et non plus au jour du jugement (art. 4). La fonction dévolue alors au tribunal est pour ces inscriptions, celle dévolue au conservateur.

Les droits acquis postérieurement au dépôt de la réquisition, non dénoncés par les parties, peuvent être inscrits par le conservateur après l'immatriculation, mais ne prendront rang qu'à partir de la date de leur inscription.

Cette solution, juridique et très fondée, a été introduite dans le Code des droits réels (art 350).

Au Maroc, si la législation est muette sur la valeur probante de ces inscriptions, la jurisprudence ne leur reconnaît pas une valeur supérieure à celle des inscriptions prises après l'immatriculation (57).

En Afrique occidentale, le texte foncier a, par des dispositions formelles, prévenu toutes difficultés. L'article 154 dispose en effet que « la validité de ces inscriptions (celles prises pour des actes ou des conventions conclus au cours de la procédure d'immatriculation) reste soumise aux règles qui régissent le droit commun ».

---

(56) T.M., 22 mars 1899 ; J.T. 1899, 326. Soulmagnon, *op. cit.*, n° 104 et suiv.

(57) Rabat, 15 mars 1930, Rec. V, 415.

Section III

Limites aux effets de la force probante

163. — Les effets de la purge aussi étendus soient-ils, se voient cependant fixer des limites : certaines mentions en sont exclues, notamment celles relatives à l'état et à la capacité des titulaires inscrits, certains droits sont maintenus sans inscription, des rectifications peuvent être apportées aux mentions du livre foncier :

1° Etat-civil et capacité des titulaires.

164. — Les inscriptions relatives à l'état et à la capacité des parties ne sont fournies sur les livres fonciers qu'à titre de renseignements. Le contractant doit vérifier à l'aide de tous les éléments extérieurs la capacité de son interlocuteur. Si le législateur avait tenu à assurer aux énonciations du livre foncier relatives à l'état et à la capacité des personnes une force probante, il n'eût pas manqué d'organiser la publicité des incapacités qui peuvent survenir postérieurement au titulaire du droit inscrit (58).

Au Maroc, cependant, la jurisprudence admet que la force probante absolue des droits inscrits sur les titres fonciers s'attache même aux mentions relatives à l'état civil des titulaires de ces droits : « le caractère de purge de la publicité est général et doit nécessairement affecter pour que le but social des livres fonciers soit atteint, à la fois l'état civil des immeubles et l'état civil des propriétaires de l'immeuble. Les nécessités du crédit public conduisent à cette prééminence du statut foncier sur le statut personnel et, si l'interdiction du titulaire, antérieure au dépôt de la réquisition, n'a pas été publiée, elle ne saurait être opposée à un acheteur qui doit être présumé de bonne foi et ayant ignoré l'incapacité de son vendeur, sauf recours de ce dernier contre tous les responsables qui auraient trahi ses intérêts ou n'auraient pas fait diligence pour publier son incapacité. » (59).

Cette jurisprudence n'est pas soutenable : « C'est une atteinte d'autant plus grave à la règle fondamentale de la personnalité des lois en matière d'état et de capacité que la loi nationale ainsi heurtée est remplacée, non par des règles locales ou des principes généraux de droit, mais par ce qui est écrit sur les livres fonciers, par le « Mektoub » de la conservation foncière. » (60).

Les effets de la purge se concilient mal avec l'état des personnes. Ainsi, il est hors de doute que les incapacités omises lors de l'immatriculation pourraient être inscrites postérieurement, et le

(58) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 476.
(59) Rabat, 7 décembre 1940, XI, 75.
(60) Decroux, *L'application des lois nationales au Maroc.*

conservateur, averti de l'existence d'une incapacité non inscrite, antérieure à l'immatriculation, révélée dans l'acte même qu'il est appelé à inscrire postérieurement, ne pourrait passer outre si les autorisations requises n'étaient pas rapportées.

2° Droits non soumis à la formalité.

165. — Sont maintenus ainsi sans inscription bien qu'intéressant l'immeuble :

a) les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux et des obligations imposées par la loi (61). Il en est ainsi notamment en cas d'enclave, lorsqu'il est indispensable d'établir sur le fonds voisin des canalisations pour l'adduction du gaz et de l'électricité et pour l'évacuation des eaux ménagères (62), les privilèges des frais de justice faits pour la réalisation de l'immeuble et la distribution du prix des privilèges du Trésor (63) ;

b) les baux de courte durée ;

c) les actions personnelles lorsqu'elles n'ont pas pour fondement un droit réel non révélé et qui aurait dû l'être en cours de procédure, le cas du dol mis à part. Il en est ainsi de l'exécution d'une promesse de vente consentie avant l'immatriculation, car la demande de réalisation de la promesse n'a pas pour effet de contester les effets de l'immatriculation, elle en suppose au contraire l'affirmation (64) ou de la demande d'indemnité accompagnée du droit de rétention du constructeur d'édifice de bonne foi sur un terrain qui a été depuis immatriculé, bien qu'ils soient entrés par accession dans le patrimoine du propriétaire du terrain (65).

3° Rectification ou interprétation des mentions.

166. — L'intangibilité des mentions portées au livre foncier reste subordonnée à leur concordance exacte avec celles de la décision judiciaire qui a ordonné l'immatriculation ou des pièces qui ont servi au conservateur à établir le titre.

Le titre peut donc être rectifié lorsqu'il renferme des erreurs ou complété lorsqu'il renferme des omissions. Ainsi doit être rec-

---

(61) Afrique occidentale art. 24, Tunisie art. 154, Maroc art. 108, dahir 1915.

(62) C.M., 27 juillet 1960.

(63) Tunisie art. 228-230, Maroc art. 153-154, 155 du dahir 1915, Afrique occidentale art. 26.

(64) Saïgon, 1er octobre 1942, R.U.F. 1947, 599, note Caratini. En réalité à notre sens, il convient de distinguer s'il s'agit d'une promesse bi-latérale qui vaut vente et qui est inscriptible comme telle, ou d'une simple promesse unilatérale de vente, non soumise à inscription. Dans la première hypothèse, la solution dépend du parti que l'on prend sur les effets de la purge entre parties, dans la seconde, l'immatriculation n'a jamais d'effet sur l'existence de la promesse.

(65) Rabat, 1er avril 1931, Rec. 1931, 285.

tifié le titre foncier sur lequel figure une clause par laquelle une commune venderesse s'est réservée le droit de faire ouvrir des routes sans indemnité sur un terrain vendu, si cette clause ne figure pas dans l'ordonnance d'immatriculation et a été ajoutée spontanément par le conservateur (66).

Les mentions du titre peuvent être également interprétées lorsqu'elles sont obscures ou ambiguës.

C'est ainsi que nous avons vu que la jurisprudence tunisienne admettait même l'interprétation d'un titre immatriculé au nom du mari seul pendant le mariage, de façon à sauvegarder les droits de la femme (voir *supra*, n° 158), comme à Madagascar a été rectifié le titre d'immatriculation d'un immeuble au nom des deux époux, sans précision de la quote-part indivise (*supra*, même numéro).

Section IV

Recours des personnes lésées par l'immatriculation

Les effets rigoureux de l'immatriculation foncière peuvent aboutir à des spoliations, c'est la rançon du titre. Il a donc fallu prévoir pour les victimes un mode de réparation destiné à compenser les droits réels irrémédiablement perdus.

Des actions personnelles ont été prévues, malheureusement dans le but de mettre un terme à une multiplicité de procès, ces voies de recours ont été limitées, on peut même dire trop limitées.

C'est ainsi qu'une action en indemnité est accordée à la victime, mais en cas de dol seulement par la loi, la jurisprudence s'est alors employée à interpréter d'une manière extensive la notion de dol.

Par ailleurs dans certains cas, la jurisprudence est encore intervenue en recevant l'action de *in rem verso*, elle a admis aussi d'autres recours contre les tiers.

I. — Recours en indemnité en cas de dol

167. — Ce recours trouve son origine dans l'Act Torrens, l'art. 126 dispose : « Toute personne privée d'un immeuble ou d'un droit réel, soit par suite d'une fraude, soit par suite d'une erreur ou d'une omission dans le certificat de titre ou dans une mention du registre matrice, peut actionner en indemnité celui qui est responsable de la faute ou de l'erreur.

« L'action se prescrit par six ans à compter de la dépossession. Ce délai ne commence à courir contre les incapacités que du jour où leur incapacité aura cessé.

« Toutefois, l'acheteur ou le créancier hypothécaire de bonne foi ne pourront être inquiétés quand leur vendeur ou leur emprun-

(66) Tamatave, 7 août 1905, Pen. 1906, 113, Dar 1906, 109.

teur aura été, lui ou ses auteurs, immatriculés par fraude quand même une erreur de délimitation aura été commise. »

Toutes les législations d'outre-mer qui pratiquent le régime de l'immatriculation ont adopté le principe du droit à la réparation de la personne lésée par une immatriculation à l'aide d'une action personnelle contre l'auteur de la lésion, à quelques variantes près (67).

Le législateur a voulu par l'octroi de cette action atténuer dans une certaine mesure les conséquences rigoureuses de la purge des droits non révélés, sans remettre en cause le droit du constituant. Elle se substitue aux voies de recours de la tierce opposition ou de la requête civile refusées à la partie lésée.

Il n'est pas sans intérêt de relever que l'Act Torrens par ailleurs plus rigoriste, est à ce point de vue plus libéral et plus complet, puisqu'il accorde :

1° Aux termes de l'article 123 (v. *supra*, n° 10) une action en revendication à la personne lésée contre le prétendu propriétaire immatriculé par fraude ou contre ses ayants cause, à l'exception de l'acheteur ou du créancier hypothécaire de bonne foi.

2° Une action en indemnité en faveur de la personne lésée par une immatriculation à la suite d'une fraude ou d'une *erreur* contre celui qui en a bénéficié, et, à titre subsidiaire, au cas où l'immeuble a été transmis de bonne foi ou au cas où le débiteur serait insolvable ou aurait disparu, contre le fonds d'assurance (art. 126 et 127).

Outre-mer, les textes fonciers ont limité au cas de dol seulement le droit pour la personne lésée par une immatriculation à demander réparation. L'explication de cette rigueur paraît se trouver en Tunisie dont le texte a servi de modèle. A l'origine, la loi du 1er juillet 1885 accordait un droit inconditionné à toute personne lésée par une infraction à demander un dédommagement. Mais en 1892, cédant à la crainte que le texte antérieur par son caractère vague compromette le succès du nouveau régime foncier en Tunisie, en laissant planer une menace sur le propriétaire d'un immeu-

---

(67) Tunisie art. 337 (ancien art. 38). Voir texte note 1, n° 146 *supra*. Madagascar *idem* avec suppression de « l'inscription ».

Afrique Occidentale : art. 123. « Les personnes dont les droits auraient été lésés par suite d'une immatriculation ne peuvent se pourvoir par voie d'action réelle, mais seulement en cas de dol par voie d'action personnelle en indemnité. »

Maroc art. 64 : « Aucun recours ne peut être exercé sur l'immeuble à raison d'un droit lésé par suite d'une immatriculation. Les intéressés peuvent mais seulement en cas de dol exercer une action personnelle en dommages et intérêts contre l'auteur du dol. En cas d'insolvabilité de celui-ci, l'indemnité est payée, sauf recours, sur le fonds d'assurance institué par le présent dahir. »

Gabon art. 41 : « Aucun recours ne peut être exercé sur l'immeuble à raison d'un droit réel par suite d'immatriculation. Les intéressés peuvent, mais seulement en cas de dol, exercer une action personnelle en dommages-intérêts contre l'auteur du dol. »

ble immatriculé, le législateur a précisé la rédaction du texte de manière que le propriétaire de bonne foi ne puisse être inquiété, en subordonnant l'ouverture de l'action à l'existence d'un dol. Cette modification a été reprise dans tous les territoires.

En faveur de cette restriction, on peut faire valoir que l'exigence d'un dol et non d'une simple faute se justifie par le souci de ne pas remettre facilement en cause l'autorité de la chose jugée. La publicité qui précède l'immatriculation permet à chacun de revendiquer ses droits en temps voulu et de faire redresser les erreurs ; ce n'est qu'au cas de manœuvres frauduleuses caractérisées qu'il convient d'assurer une protection spéciale au tiers lésé, autrement on ne peut légalement ignorer une réquisition d'immatriculation et l'on est en faute de s'abstenir d'intervenir à la procédure d'immatriculation (68).

Cette conception heurte l'équité : « Autant se justifie l'extinction de toute action réelle parce qu'elle est la condition nécessaire de toute réforme foncière, autant est difficile de considérer comme légitime une disposition qui consacre au profit de l'immatriculant, même de bonne foi, un enrichissement sans cause aux dépens d'autrui » (69) ; il eût suffi pour dissiper l'appréhension des candidats à l'immatriculation, d'accorder, en l'absence de dol, un recours contre un fonds d'assurance, solution adoptée en Indochine (art. 364). Il n'apparaît pas que la même solution libérale admise en Australie ait compromis le succès de l'institution.

La jurisprudence s'est d'ailleurs efforcée d'adoucir partout la rigueur de la règle et d'ouvrir plus largement le droit à réparation de la partie lésée.

L'existence d'un dol n'est toutefois pas la seule condition requise pour bénéficier de l'action en réparation.

A. — Conditions d'exercice de l'action en indemnité

168. — Les conditions d'exercice de l'action en indemnité accordée à celui qui a été lésé par une immatriculation sont au nombre de trois :

1° Il faut avoir été titulaire d'un droit réel ou assimilé ou bénéficiaire d'un droit réel inscriptible et il faut que ce droit ait disparu du fait de l'immatriculation de l'immeuble (70).

La juridiction saisie peut d'ailleurs ordonner une enquête à l'effet de rechercher quels pouvaient être les droits respectifs des parties sur l'immeuble prétendument irrégulièrement immatriculé (71).

---

(68) Rabat, 5 juillet 1926, Pen. Maroc. 1927, 244.

(69) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 127 et Doubliez, *op. cit.*, P. 118, 119.

(70) Alger, 12 février 1900, J.T. 00, I, 751 ; Tunis, 20 juin 1906, J.T. 1906, 639, Rabat, 13 oct. 1934.

(71) Rabat, 10 décembre 1935, VIII, 415.

2° Il faut n'avoir pas été partie à la procédure d'immatriculation, selon certains.

Une première théorie soutient, en effet, que si une action personnelle est réservée à toute personne lésée par une immatriculation, cette disposition ne saurait profiter à ceux qui, après être intervenus devant le tribunal immobilier, ont vu leur demande rejetée, notamment à celui qui a été débouté de son opposition pour l'avoir formée tardivement (72).

Les dommages-intérêts ne seraient dûs qu'aux tiers, c'est-à-dire aux personnes qui, tenues à l'écart et dans l'ignorance de la procédure d'immatriculation, n'ont pu défendre leur droit (73).

Cette thèse se heurte à une objection de texte. Aucune disposition ne fait en la matière de discrimination entre les personnes lésées par le dol « toute personne » dit le texte de Tunisie et celui de Madagascar, « les intéressés » lit-on au Maroc.

Il semblerait juste cependant que l'opposant qui connaissant déjà l'existence du dol, s'est abstenu d'en faire état lors de l'instance en opposition, ne puisse être admis après avoir été débouté, à intenter l'action après l'immatriculation. Mais si le dol, commis au préjudice d'un opposant, est découvert après l'achèvement de la procédure, rien ne devrait interdire l'action de la victime.

Aussi une deuxième théorie admet-elle un tempérament à la règle au cas où le dol est découvert après l'immatriculation, c'est le cas de la requête civile prévue par l'article 480-1 du Code de procédure civile. Mais c'est alors au demandeur qu'il appartient de faire la preuve qu'il n'a eu connaissance du dol que postérieurement à l'immatriculation ou après l'expiration des délais d'opposition. Cette preuve n'est pas rapportée, par exemple, lorsque l'opposant soutient qu'il ne savait pas que les témoins entendus au cours de la procédure, étaient les proches parents du requérant alors que le jugement prononçant l'immatriculation avait pour ce motif écarté ces témoignages (74).

En réalité, il nous apparaît qu'en tout état de cause l'action en indemnité de l'opposant qui a vu son opposition écartée, est recevable. En effet, les opposants à l'immatriculation exercent une action réelle tendant à la reconnaissance d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel ou assimilé, tandis que postérieurement ils exercent une action personnelle tendant à la réparation d'un préjudice, il n'y a donc pas autorité de chose jugée puisque la chose demandée n'est pas la même. Cette doctrine répond le mieux à la généralité des termes employés par le législateur (75).

---

(72) Alger, 14 octobre 1901, R.A. 1901, 522. Les mêmes moyens étaient repris.
(73) Rabat, 10 décembre 1935, VIII, 415.
(74) C.M., 5 mars 1941 et 21 mars 1941.
(75) Comp Dakar, 5 avril 1946.

3° Il faut avoir été victime d'un dol.

La jurisprudence s'est employée à étendre la notion de dol. Après avoir exigé d'abord la démonstration de l'existence de manœuvres frauduleuses, les tribunaux se sont contentés d'une faute intentionnelle, même sans manœuvres, puis d'une faute lourde, certains ont même fini par sanctionner la simple omission, soit à raison de la gravité de ses conséquences en matière d'immatriculation, soit en présumant l'intention à raison du profit que le requérant en tire, revenant par ce biais à la faute simple.

a) Le dol.

Initialement, la jurisprudence décidait que les termes employés impliquaient d'une manière formelle que les articles 1382 et suivants du Code civil ne pouvaient recevoir application en matière d'immatriculation (76). Le dol devait donc s'entendre de toutes manœuvres, machinations, tromperies ayant pour résultat de surprendre le tribunal en lui cachant des droits réels ou des charges existants sur l'immeuble ou en l'amenant à croire faussement à des droits inexistants (77).

C'est ainsi qu'ont été qualifiés de dols : l'arasement d'un tombeau pour simuler un terrain à bâtir (78), le dépôt en cours d'instance d'immatriculation d'une fausse copie de testament servant de base à la réquisition (79), des manœuvres ayant pour objet d'obtenir l'immatriculation à la faveur de la minorité du propriétaire et de l'absence de sa mère (80), le fait pour un tuteur administrateur d'une succession de faire immatriculer des immeubles à son nom alors qu'il savait qu'ils appartenaient aux mineurs héritiers, en leur laissant croire que leur auteur possédait d'autres immeubles (81).

La jurisprudence de Madagascar a fait un premier effort pour élargir la notion de dol, elle a assimilé au dol la faute intentionnelle, sans manœuvres.

b) La faute intentionnelle exclusive de manœuvres.

169. — Pour assimiler la faute intentionnelle au dol, la juris-

(76) C.M., 5 mars 1930.
(77) C.M., 16 mars 1927, Tunis, 10 janvier 1906, J.T. 1906, 228.
(78) C.M., 20 novembre 1935 et 13 août 1936, P. 1938, I, 322 et la note Captier.
(79) C.M., 31 janvier 1945.
(80) C.M. 1er août 1923. Décision à rapprocher de C.M. 24 mai 1922, Dar 1922, 109 où la Cour d'appel avait refusé de voir dans des circonstances presque identiques un dol à raison d'un défaut d'intention. La colonie de Madagascar avait obtenu l'immatriculation pendant la minorité du propriétaire et la déportation de son seul parent : « En admettant que les droits des incapables n'aient pas été défendus comme ils auraient dû l'être, cela ne résulterait que d'un concours de circonstances qui, pour avoir été défavorable, n'est pas l'effet d'un dol. »
(81) Cass., 6 juin 1950, R.U.F. 1950, 568 et la note Attuly.

prudence s'est fondée en Afrique occidentale et à Madagascar sur les dispositions pénales qui réputent stellionataire « Quiconque fait immatriculer un immeuble en omettant *sciemment* de faire inscrire les hypothèques, droits réels et charges dont cet immeuble est grevé. » Elle décide que le dol peut résulter d'une abstention volontaire du requérant de révéler au cours d'une procédure d'immatriculation un acte portant reconnaissance à autrui d'un droit (82).

La simple réticence dolosive a été sanctionnée. C'est ainsi qu'une indemnité compensatrice a été accordée à une femme malgache mariée sous le régime de la communauté dont le mari, sans fortune et qui n'avait fait aucun héritage, avait cependant fait immatriculer à son nom seul un immeuble (83).

Cette solution était déjà acquise en Tunisie, notamment en matière de bail, lorsque le constituant avait sciemment omis de déclarer en faisant immatriculer son immeuble l'existence d'un bail (84), en négligeant de faire connaître les conditions véritables d'un enzel dont l'immeuble était grevé, et les véritables bénéficiaires de la rente enzel qu'il connaissait (85). Elle avait fini par s'imposer en Afrique occidentale (86).

La Cour de cassation a consacré cette jurisprudence. Elle a assimilé au dol la simple faute, à condition qu'elle soit volontaire : « Par dol, il faut entendre non seulement des manœuvres frauduleuses au sens de l'art. 1166 du Code civil, mais de simples affirmations mensongères, des dissimulations et des réticences suffisent à justifier l'action en dehors de toute manœuvre. » (87)

La Cour Suprême laisse d'ailleurs au juge du fond le soin d'apprécier souverainement l'existence de réticences dolosives (88).

c) La faute lourde et la faute simple.

170. — La faute lourde est assimilable à la faute intentionnelle (89), ce n'est que l'application de l'adage que la faute lourde est équipollente au dol (90). La règle doit recevoir application en matière d'immatriculation comme ailleurs. Ainsi, l'omission d'un droit notable dans une réquisition, en l'absence de toute démonstration d'un élément intentionnel, constitue une faute lourde assimilable à un dol (91).

---

(82) Dakar, 29 juin 1928, Dar 1928, 130 et Pen. 1929, 141 et la note et C.M., 13 mai 1914.
(83) C.M., 15 février 1928, Dar 1928, 142, Pen. 1928, 116.
(84) Cass., 2 février 1898, 1er février 1898, T.A. 1898, 298.
(85) Cass., 20 octobre 1902, S. et P. 1904, I, 325.
(86) Dakar, 28 juin 1928, Dar 1928, 130 et Pen. 1929, 141.
(87) Cass., 6 juin 1950, R.U.F. 1950, 568.
(88) Req. 20 octobre 1902, R.A. 1902, 392.
(89) Ch. Ambialet Pen. 1951, II : « Le dol et la faute lourde. »
(90) Tunis, 3 décembre 1905, 7 avril 1906.
(91) Tunis, 4 décembre 1895.

Mais il y a plus. Si l'on scrute la faute commise par le requérant qui omet lors du dépôt de sa réquisition de tenir compte d'un droit qui grève l'immeuble, il apparaît qu'elle présente toujours un caractère de gravité.

On peut soutenir, il est vrai que celui qui alors néglige de faire opposition dans le délai imparti pour sauvegarder son droit commet une faute, mais elle est sans commune mesure avec celle du requérant. En effet, la procédure est instruite dans l'intérêt exclusif du requérant, elle n'offre pour l'opposant aucun autre avantage que celui d'exposer des frais, le cas échéant. Par ailleurs, à la différence des fautes ordinaires, cette omission ne se borne pas à causer un préjudice à autrui, mais elle est une source d'enrichissement pour son auteur. Partant, même quand la faute est prétendue involontaire, l'omission est suspecte. Il semble en tout cas injuste qu'à la faveur du titre qu'il se constitue, le requérant puisse s'enrichir aux dépens d'autrui, il est donc normal que sa faute soit appréciée plus sévèrement.

C'est ainsi que la jurisprudence tunisienne en est arrivée à exiger des constituants la prudence ou même l'absence d'imprudence et revient par le détour de la faute lourde à sanctionner la faute prévue par l'article 1382 du Code civil (92).

L'action est autorisée en Tunisie, en fait, dès qu'il y a omission d'un droit ou d'une charge, que cette omission soit voulue ou non. La notion de faute, faute d'omission, se substitue à celle de dol : abstention intentionnelle préméditée. Elle s'écarte de la lettre du texte et rejoint la solution de l'Act Torrens, plus équitable (*supra*, n° 167). Il est même permis de se demander si la Cour de cassation ne partage pas cette manière de voir et si elle n'a pas rendu en ce sens un arrêt indicatif en décidant, à l'occasion d'une immatriculation, que : « Le demandeur qui n'articule *ni faute*, ni fait précis de dol à l'encontre de celui à qui il réclame une indemnité doit être débouté. » (93)

Mais le champ d'application de cette jurisprudence reste limité à l'omission d'un droit. La notion de dol ne peut s'étendre à toutes les hypothèses où un immeuble a été injustement immatriculé, notamment à la suite d'une erreur commise de bonne foi : le titre sur lequel l'immatriculation repose peut se révéler nul ou caduc (*supra*, n° 151), ainsi un testament peut être caduc par la suite de la découverte d'un testament plus récent (94). En l'état de la législation, quels que soient les efforts de la jurisprudence, il sera

(92) Tunis, 13 décembre 1905, J.T. 1906, 223 cité par Soulmagnon, *op. cit.*, n° 128.

(93) Cass., 21 juin 1926.

(94) C.M., 23 décembre 1959 et C.M., 15 février 1961. Dans le premier cas il s'agissait d'un testament postérieurement annulé pour vice de forme et dans le second de l'omission par inadvertance d'une opposition, aucune de ces espèces ne rentrait dans la définition du dol même élargie.

impossible d'y voir une faute lourde et le tiers ne pourra être réparé.

B. — De la réparation

171. — L'action en réparation, accordée à celui qui a été lésé par une immatriculation, se prescrit en principe en trente ans. C'est la prescription normale. Cependant pour limiter les procès, l'Act Torrens réduisait le délai à six ans (art. 123 et 127). Au Maroc, le délai est de trois ans (95), mais la jurisprudence décide qu'il ne court que du jour ou l'intéressé a eu effectivement connaissance du dommage et qu'à ce point de vue, il ne résulte pas de la présomption irréfragable de propriété créée au profit du bénéficiaire de l'immatriculation que le tiers lésé doive légalement être réputé avoir eu connaissance du dol. La prescription ne court pas contre les absents (96).

Il en résulte une incertitude sur l'acquisition de la prescription, au Maroc. Cet inconvénient n'existe pas à Madagascar où le nouveau texte foncier fixe à dix ans le délai pour intenter l'action *à compter de l'inscription du droit réel* (art. 122), et ce, quelle que soit la date de l'inscription (97).

Mais une autre difficulté risque de se présenter à Madagascar, lorsque l'auteur de la fraude aura commis un stellionat et invoquera la prescription plus courte de l'action civile née du délit. Nous pensons que dans tous les cas, il faudra appliquer la prescription la plus longue. Il est de règle en effet, que les textes spéciaux dérogent aux textes généraux, en outre, un argument de texte est en faveur de cette opinion, l'article 122 dispose : « Cette action, ainsi que *toute autre action quelconque* en revendication ou en responsabilité se rapportant à l'inscription d'un droit... » La généralité des termes confirme notre sentiment, enfin une considération pratique s'ajoute, la fraude recouvrant presque toujours un stellionnat, le texte deviendrait sans portée, s'il fallait en exclure les actions en réparation nées du délit.

L'évaluation du préjudice se fait au jour où le tribunal rend sa décision et non au jour où l'immatriculation frauduleuse a été obtenue (98).

Le mode d'évaluation de ce préjudice a donné lieu à des décisions originales au Maroc et à Madagascar.

Au Maroc, la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat recon-

---

(95) C'est la prescription de droit commun de trois ans édictée par l'art. 106 D.O.C. qui s'applique aux actions en réparation du dommage résultant d'un délit ou du quasi délit.

(96) Cass., 4 juillet 1957 : celui qui se trouve éloigné du lieu doit être assimilé à un absent.

(97) C.S.M. n° 17 du 25 avril 1967.

(98) C.M., 14 janvier 1948, R.U.F. 1948, 514. Lorsque cette action dérive d'un stellionat, elle devrait être prescrite dans les conditions de l'action civile née d'un délit (Oujda, 10 mars 1930) au Maroc.

naît à l'ayant droit injustement évincé le droit de demander contre l'auteur du dol, une condamnation alternative, soit à la reconnaissance de son droit par une nouvelle inscription conforme sur le titre foncier, soit au paiement d'une somme représentant la valeur de son droit. Le premier terme de l'alternative ne peut nuire aux droits des tiers, car la mention à opérer ne peut venir qu'à la suite des mentions préexistantes (99).

Ce procédé permet d'assurer une meilleure réparation du préjudice causé, l'appréciation assez large du préjudice subi peut en effet décider l'auteur du dol à choisir le premier terme de l'alternative, solution préférable à l'allocation d'une somme d'argent qui ne compense pas toujours la valeur du droit perdu.

A Madagascar, à la faveur de la refonte du régime foncier, un mode de réparation original a été instauré par le législateur. L'article 122 prévoit, en effet, qu'en aucun cas le montant des dommages et intérêts ne peut être inférieur au double de la valeur de l'immeuble. Il en résulte que la spoliation devient une source de profit pour la victime, un avantage que rien ne justifie et que le tribunal peut apprécier discrétionnairement puisqu'il ne s'agit là que d'un minimum. C'est une résurrection de la peine privée qui appelle des réserves.

En réalité, il apparaît bien que le législateur malgache a voulu législativement consacrer la solution jurisprudentielle marocaine, en incitant le spoliateur à restituer le droit réel injustement acquis par la menace du paiement d'une forte indemnité, mais il eût été bon que le texte prévoit une condamnation alternative ou accorde, après la sanction prononcée, un délai de repentir au spoliateur.

II. — Recevabilité de l'action de « in rem verso »

172. — Un autre mode de réparation a été admis par la Cour de cassation en faveur de la victime d'une immatriculation, au moins pour le Maroc. La Cour suprême a déclaré recevable l'action du spolié sur la base de l'enrichissement sans cause (100). La réparation n'est cependant pas alors intégrale. L'enrichissement n'est égal lorsqu'il s'agit d'un acquéreur évincé qu'au prix de la vente annulée, indûment conservé et non à la valeur de la parcelle au jour de la demande (101).

La question se pose de savoir si cette action recevable au Maroc où l'action de « in rem verso » n'a pas le caractère subsidiaire qui lui est reconnu en France et dans les autres territoires d'outre-mer régis par le Code civil, est recevable ailleurs (102).

---

(99) Rabat, 27 janvier 1926, III, 360, c'est notamment le cas d'un co-propriétaire évincé.

(100) Civ. Cass., 1951, Pen. 1952, 25, note Becqué. *Revue jur.* de Madagascar 1952, 99, note Attuly.

(101) Civ., 25 juin 1957, Bull. 1957, I, 240.

(102) Voir notre article dans la *Revue de l'Union Française*, n° 2, 1953.

III. — Action en garantie du tiers évincé

173. — Le tiers qui a été évincé à l'occasion d'une procédure d'immatriculation conserve, indépendamment de l'action en indemnité réservée par les textes fonciers et éventuellement de l'action de « in rem verso », une action en garantie contre son auteur, s'il n'est pas bénéficiaire du titre. Cette action est recevable car loin de contester les mentions du livre foncier, elle les utilise au contraire pour faire la preuve de l'éviction de la victime et de la vanité des droits cédés.

C'est la garantie de droit commun qui est en cause. L'acheteur évincé peut demander la résolution du contrat, le remboursement du prix et l'allocation de dommages et intérêts (103), il ne peut toutefois réclamer de dommages et intérêts, si l'éviction est due à sa seule négligence.

Le vendeur ne peut pour s'opposer à cette demande arguer du fait que l'acquéreur aurait omis de lui dénoncer la menace d'éviction dont il a été l'objet à la suite du dépôt de la réquisition, car le vendeur se devait d'intervenir spontanément (105), ou lui reprocher son inertie du moins lorsque c'est le même vendeur qui a vendu le même immeuble à deux acquéreurs différents dont l'un a obtenu l'immatriculation (106).

Conclusion

Pour conclure, il faut convenir que malgré les efforts de la jurisprudence, les multiples recours offerts au tiers lésé, qui ne sont d'ailleurs pas répandus partout, sont insuffisants. Maintenant que les avantages de l'institution sont connus, il serait opportun et équitable d'ouvrir plus largement le droit à réparation.

Toute personne lésée par une immatriculation foncière à la suite d'une faute du requérant, qu'il s'agisse d'une faute consciente ou d'une simple erreur, devrait être indemnisée du préjudice qu'elle a subi. L'immatriculation ne devrait jamais être une source d'enrichissement pour le requérant au détriment d'autrui. Un tel principe qui ne peut absolument pas compromettre l'institution, puisque le droit de propriété n'est jamais remis en cause, lui ôterait de son caractère implacable, en apportant un peu de justice et d'humanité dans le domaine de la terre où il en est particulièrement besoin.

Mais l'intervention du législateur est nécessaire pour consacrer ces principes.

---

(103) Rabat, 25 février 1930, V, 537.
(104) Civ., 23 octobre 1957, Bull. 1957, I, 334.
(105) Rabat, 8 juillet 1924, II, 510.
(106) Rabat, 20 mars 1928, IV, 443.

TITRE II

LA CONDITION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE IMMATRICULE

Le titre foncier délivré après immatriculation apporte au propriétaire comme aux titulaires des droits révélés une garantie totale, ainsi que nous l'avons vu. Ni les limites matérielles de l'immeuble, ni les droits et charges qu'il supporte ne peuvent plus désormais être discutés. Il était dans l'ordre des choses que le législateur exploite les avantages ainsi obtenus pour instaurer sur ces immeubles un régime législatif particulier, régi par des règles simples et pratiques, en fonction de la clarté et de la certitude des droits reconnus.

Mais pour y parvenir, il était d'abord nécessaire que les conquêtes réalisées par l'immatriculation soient conservées. Quel intérêt présenterait la longue et coûteuse procédure d'immatriculation, si dès les premières mutations qui la suivent, le bénéfice en était perdu et si les nouveaux titulaires ne possédaient plus que des droits aussi incertains que ceux qu'ils auraient pu acquérir avant l'immatriculation de l'immeuble. Il convenait donc de trouver un procédé technique qui assurât la continuité de la garantie obtenue au cours des mutations successives dont l'immeuble peut être l'objet après la délivrance du titre. Tel est le rôle dévolu à l'inscription. L'inscription apporte aux titulaires la preuve de la réalité de leur droit après l'immatriculation.

Dans un premier chapitre, nous étudierons la loi applicable à l'immeuble immatriculé et les droits qui s'y rapportent et dans un second chapitre le mécanisme de la conservation de ces droits par l'inscription.

CHAPITRE I

DE LA LOI APPLICABLE A L'IMMEUBLE IMMATRICULE

A la suite de leur accession à l'Indépendance, beaucoup d'Etats dont la loi foncière faisait référence à la loi française ont modifié leur législation, ainsi qu'il était normal. Il convient donc, avant d'entrer dans le détail de la législation foncière, de retracer cette évolution.

Section I

Evolution du régime législatif

I. — Le régime législatif avant l'Indépendance

174. — Avant l'Indépendance, les immeubles immatriculés étaient régis par plusieurs lois, la loi foncière proprement dite, les règles du statut personnel et de la dévolution successorale du titulaire du droit inscrit, enfin le Code civil et les lois françaises.

A. — La loi foncière

175. — La loi foncière était considérée comme prééminente et comme devant s'appliquer en principe, avant toute autre. Cependant dans le silence du texte foncier, la question s'est posée de savoir s'il était possible de recourir au droit commun.

Il est d'abord un cas où la solution ne saurait faire de doute, c'est lorsque le texte foncier n'a pas ou a insuffisamment réglé la matière.

Ainsi, en ce qui concerne la législation applicable aux immeubles immatriculés, si la loi tunisienne y consacre 230 articles et si le Maroc lui réserve un dahir entier de 214 articles, le dahir

du 2 juin 1915, par contre le texte de l'Afrique occidentale se borne à régler la question en 34 articles, le Congo en 12 articles, quant au nouveau texte du Gabon, il est muet sur la question. La référence au texte de droit commun ne saurait alors se discuter. Il en est de même en ce qui concerne les conditions d'existence et le régime des droits immobiliers, si les textes de certains pays ont réglementé d'une façon détaillée les droits immobiliers qu'ils garantissent, d'autres s'en sont abstenus. La référence au droit commun est encore pour ceux-ci nécessaire.

Mais le problème est plus délicat lorsque le texte foncier a prévu une réglementation détaillée et que celle-ci présente des lacunes. Dans le silence du texte, une opinion affirme que la solution ne peut être trouvée que dans ce texte lui-même, par une exégèse plus poussée. Il ne saurait être question de recourir notamment au Code de procédure civile (1). Cette opinion paraît trop absolue. Il est bien certain qu'il faut lorsque la matière a été traitée par le texte foncier s'efforcer d'y découvrir la solution dans ses dispositions, mais dans le silence complet de celui-ci sur la difficulté à trancher, à défaut de texte qui y déroge, aucun principe n'interdit de recourir aux textes du droit commun, dont le texte foncier ne fait qu'adapter le plus souvent les dispositions à la matière de l'immatriculation, notamment en ce qui concerne l'expropriation forcée (2) ou la procédure civile.

Un cas typique se présente en matière commerciale en Tunisie en ce qui concerne l'application des dispositions de l'article 448 du Code de commerce.

Dans le silence de la loi foncière, M. Soulmagnon estime que l'article 448 du Code du commerce (aujourd'hui 479) qui décide de la nullité des inscriptions des hypothèques acquises valablement lorsqu'elles sont prises après le jugement déclaratif de faillite ou permet de les annuler, si elles sont effectuées pendant la période suspecte et plus de quinze jours après la date de l'acte constitutif des hypothèques, n'est pas applicable.

Pour cet auteur, la validité ou la nullité des inscriptions intéresse la technique particulière au régime foncier propre à chaque territoire et cette technique ne peut être complétée ou modifiée par des règles empruntées au régime français dont les principes sont différents. L'inscription des hypothèques en droit français n'est pas l'inscription des livres fonciers, les conditions de sa nullité ou de sa validité ne sauraient donc dépendre de la législation française. Par ailleurs, les dispositions de l'article 448 ne sont pas en harmonie avec les principes de la publicité des livres fonciers qui veulent que, tant que le jugement déclaratif de faillite n'est pas inscrit, les tiers ne doivent pas être privés de donner publicité légale à des

(1) C.M., 11 janvier et 22 mars 1906, P. 1906, 267.
(2) Rapprocher Dakar, 27 juillet 1934, Dar 1935, 42 ; Pen. 1936, 272.
(3) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 339.

conventions antérieures qui sont en elles-mêmes régulières et valables.

Cette argumentation ne nous paraît pas convaincante. Le droit des faillites forme un tout dont il n'est pas possible de scinder les dispositions ; en permettant l'annulation des inscriptions prises, le législateur a, en réalité, voulu atteindre les conventions qui tendent à porter atteinte au principe de l'égalité entre les créanciers à partir du moment où a commencé la cessation des paiements et les priver d'effet (4).

Au Maroc, s'est également posée la question de savoir, dans le silence du texte foncier, si la demande d'inscription était ou non atteinte par la prescription extinctive de quinze ans prévue par le Code des obligations (art. 357) pour toutes les actions naissant d'une obligation (5), et aussi celle de savoir, si dans les mêmes conditions, l'action de *in rem verso* de droit commun était applicable aux personnes lésées par une immatriculation (*supra,* n° 172). La réponse a été affirmative dans les deux cas.

B. — Le statut personnel et la dévolution successorale

176. — La France, soucieuse du respect du statut personnel des autochtones et de leurs règles de succession, avait pris soin de les réserver en matière foncière (6) et les tribunaux français appliquaient ces règles lorsqu'elles n'étaient pas contraires à notre conception de l'équité et à nos aspirations morales.

L'état des personnes était d'ailleurs entendu dans un sens large, la capacité devait y être comprise, à juste titre, car l'on ne peut concevoir que la capacité d'un propriétaire d'immeuble varie suivant que l'immeuble qu'il détient est ou non immatriculé, ainsi des cas d'incapacité naturelle telles l'imbécillité ou la démence relèvent-ils du statut personnel et non des vices du consentement (7).

Le même esprit a conduit la jurisprudence en élargissant la notion de dévolution successorale à l'étendre au testament. La règle a été dégagée à l'occasion de l'affrontement des règles de la dévolution successorale et du statut réel de l'immeuble. Un testament malgache frappait d'inaliénabilité absolue certain immeuble immatriculé légué, cette disposition, si elle avait intéressé le statut réel de l'immeuble, eût été déclarée nulle comme constituant une entrave à la libre circulation des biens, mais en réalité elle a été déclarée valable comme intéressant la dévolution des successions, le droit malgache reconnaissant la validité de la clause dans un testament (8).

---

(4) Rapp. Cass., 7 décembre 1926, R.A. 1927, 2, 159 et la note Labbé.
(5) Cass., 11 février 1959.
(6) Afrique occidentale, art. 19, Maroc art. 4 du dahir sur l'organisation judiciaire, Tunisie art. 2 de la loi tunisienne, Madagascar art. 17.
(7) Req., 26 décembre 1934, R.A. 1936, 96.
(8) Cass., 15 juin 1961, Bull. 1961, I, n° 315.

C. — Le Code civil et les lois françaises

177. — En principe les législations foncières avant l'Indépendance admettaient l'application des lois françaises à titre complémentaire et supplétif (9).

Deux exceptions étaient cependant à signaler ; le Maroc où le droit applicable était en principe non pas le droit français, mais le droit musulman (art. 106 du dahir de 1913), sous réserve qu'il ne soit contraire ni au dahir foncier, ni au statut personnel, ni aux règles de succession des titulaires ; et l'Afrique occidentale où la loi française était appliquée concurremment avec la coutume africaine (art. 19).

II. — Le régime législatif après l'Indépendance

178. — L'avènement des pays à l'Indépendance a amené d'une façon générale la disparition de la référence aux lois françaises, ce qui ne peut être fait pour surprendre. C'est ainsi que la Tunisie a retouché son texte, l'art. 2 a été modifié par le décret du 24 juin 1957 en ces termes : « Les dispositions du Code des obligations et contrats qui ne sont contraires ni à la présente loi, ni aux règles de successions des titulaires de droits réels immobiliers, s'appliquent aux immeubles immatriculés et aux droits réels sur ces immeubles ». Le législateur tunisien a pris soin cependant de réserver les droits acquis « Sous réserves des dispositions de la présente loi, toute situation juridique créée en Tunisie avant le 1er juillet 1957, en vertu de la loi française ou de la loi tunisienne normalement applicable continue à produire ses effets ».

A Madagascar, le législateur est également intervenu mais d'une manière peut-être moins heureuse, puisque s'inspirant de trop près du texte antérieur, il a cru devoir prescrire : « Les dispositions des lois en vigueur à Madagascar au 14 octobre 1958 sont en principe applicables aux immeubles immatriculés. Toutefois cette règle souffre diverses exceptions énoncées à la présente ordonnance. En outre, lorsqu'il s'agit d'immeubles et de droits réels en la possession de nationaux malgaches les règles du droit malgache relatives à l'état des personnes, au mariage, aux donations et à la dévolution des successions, doivent être observées à l'égard des personnes qu'elles régissent », laissant non réglée la situation des étrangers propriétaires d'immeubles. Une formule se rapprochant de

(9) Art. 2 loi tunisienne : « Les dispositions du Code civil français qui ne sont contraires ni à la présente loi, ni au statut personnel ou aux règles de succession des titulaires de droits immobiliers, s'appliquent en Tunisie aux immeubles immatriculés. » Art. 17, décret 1911 pour Madagascar : « Les dispositions du Code civil et de lois françaises sont en principe applicables aux immeubles immatriculés... » Art. 2 du décret du 28 mars 1899 pour l'Afrique équatoriale.

celle dont s'est servi le législateur tunisien ou marocain, plus compréhensive serait sans doute préférable.

Section II

Les droits réels

En ce domaine, la législation applicable aux immeubles immatriculés présente une certaine originalité : tous les droits réels connus n'ont pas été repris, par contre dans le but de clarifier la situation foncière des droits nouveaux ont été reconnus, l'exercice de certains autres a fait l'objet d'une réglementation différente, enfin d'autres droits ont été bannis, en particulier tous ceux nés d'une situation de fait contraire aux énonciations du titre : telles l'usucapion ou les actions possessoires, dans le système des livres fonciers, le droit s'incorpore au titre.

Cependant, pour assurer la sauvegarde du système, le législateur est parfois intervenu pour consacrer l'existence de certaines situations de fait, c'est le cas à Madagascar pour la prescription acquisitive.

I. — Droits réels reconnus par la loi

179. — En principe, les textes fonciers énumèrent les droits réels reconnus par la loi (10), ce sont :

a) Les droits réels immobiliers, savoir :

1° La propriété des biens immeubles.
2° L'usufruit des mêmes biens.
3° Les droits d'usage et d'habitation.
4° L'emphytéose.
5° Les droits de superficie.
6° Les servitudes et services fonciers.
7° L'antichrèse.
8° Les privilèges et hypothèques.

b) Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

Le Code tunisien (art. 12) ajoute l'enzel et la rente enzel, contrat par lequel un propriétaire (souvent une fondation habous) concède à perpétuité la jouissance d'un immeuble moyennant une redevance également perpétuelle (11), le texte marocain ajoute

(10) Tunisie art. 12 du Code, Maroc art. 8 du dahir du 2 juin 1915, Afrique occidentale art. 20, Madagascar art. 10.

(11) Le Code des droits réels a interdit la constitution à venir d'un droit d'enzel ; il peut cacher un prêt usuraire.

les habous et certains droits coutumiers musulmans (art. 8 du dahir du 2 juin 1915) (12).

La question s'est posée de savoir si l'énumération des droits réels immobiliers devait être considérée comme limitative ou si, au contraire, tous les autres droits réels reconnus notamment par la coutume, pouvaient être inscrits en tant que tels sur les livres fonciers. On a soutenu à Madagascar à propos du contrat de féhivava, contrat de prêt par lequel un emprunteur remet, contre un capital fourni sans intérêt, un immeuble avec la jouissance jusqu'à la date de son remboursement, gage occulte, sans publicité, que le contrat féhivava pouvait s'appliquer aux immeubles immatriculés (13). Nous ne partageons pas cette opinion, à raison d'abord du caractère clandestin du contrat, et, d'autre part, il ne nous paraît pas possible de concevoir d'autres démembrements de la propriété que ceux que le législateur a reconnus (14).

Sans doute, les Malgaches et les Africains connaissent-ils d'autres droits réels, mais ils dépendent de leur statut que le législateur a voulu reconnaître seulement dans une limite bien précise, le code foncier nouveau qu'il a créé avec ses règles propres.

Il n'en reste pas moins que la convention des parties peut recréer, mais par des dispositions précises, et sous réserve qu'elles ne heurtent pas le texte foncier, des droits qui, publiés, seront opposables aux tiers et auront les effets des droits réels non reconnus, mais il ne paraît pas possible de faire dans l'acte simple référence à un droit coutumier non reconnu.

Nous n'étudierons pas dans le détail tous les droits réels reconnus par la loi foncière, mais seulement ceux qui présentent un caractère original ou dont l'adaptation au régime de l'immatriculation a posé des problèmes particuliers.

II. — Etude de certains droits réels immobiliers

Notre étude portera sur les immeubles par destination, sur le droit de superficie, le droit de préemption, les servitudes, les privilèges et les hypothèques.

1° Les immeubles par destination.

179 *bis.* — Les seuls textes qui font mention des immeubles par destination, sont ceux de la Tunisie (art. 272 du Code) et du Maroc

(12) Le habous consiste à affecter une terre à une fondation pieuse, ce qui entraîne son inaliénabilité, partant l'impossibilité d'hypothéquer et de saisir (a 73). Cette institution est très fréquente en pays musulman, mais seul le Maroc a réglementé la condition juridique de ces biens, « ils restent soumis aux lois, règlements spéciaux et coutumes musulmans qui les régissent » (a 75).

(13) Thébault, *op. cit.*, t. II, n° 344. La loi foncière ne connaît que l'antichrèse qui s'en rapproche beaucoup, mais le féhivava peut facilement dissimuler des prêts usuraires.

(14) Dans ce sens V. Soulmagnon, *op. cit.*, n° 156.

(art. 5 et s.). D'autres se bornent à y faire allusion, ainsi l'art. 23 du texte foncier de Madagascar : « Sont seuls susceptibles d'hypothèques : 1° les fonds de terre bâtis ou non bâtis qui sont dans le commerce, *avec eux leurs accessoires réputés immeubles* », la même allusion se retrouve à l'art. 31 du texte de l'Afrique occidentale ; elle suffit pour affirmer que le législateur n'a pas entendu les supprimer.

A raison de leur caractère accessoire, ces immeubles sont soumis selon nous à un régime différent de celui des autres droits réels immobiliers.

C'est ainsi que l'existence de ces immeubles par destination nous paraît indépendante de toute inscription, seul l'immeuble auquel ils sont rattachés doit faire l'objet d'une inscription, car la qualité de l'immeuble par destination dépend de conditions fixées par la loi et ne relève que d'elle (15). Ainsi le propriétaire d'un fonds ne pourrait immobiliser à son gré par une inscription des meubles auxquels la loi ne reconnaît pas ce caractère, et inversement l'absence d'inscription ne peut ôter à des meubles présentant ces caractères requis la qualité d'immeuble par destination.

De même lorsque la cause d'immobilisation cesse parce que les meubles ont été détachés du fonds, soit que le propriétaire en ait changé la destination, soit qu'il les ait vendus ou donnés séparément du fonds, les meubles reprennent leur caractère primitif et naturel, aucune inscription n'est nécessaire pour consacrer la qualité retrouvée, elle est de droit et l'absence de radiation de l'inscription antérieure ne saurait autoriser les tiers inscrits à les suivre dans le patrimoine de celui qui les aurait régulièrement enlevés.

Il en résulte que pour nous les immeubles par destination suivent le sort de l'immeuble sur lequel ils se trouvent placés et des inscriptions qui peuvent l'affecter, sans mention particulière en ce qui les concerne. La publicité résulte pour eux de l'aménagement de ces biens sur le fonds, l'hypothèque qui grève le fonds porte également sur ces biens sans qu'il soit besoin de le préciser, ni de le mentionner au titre foncier ; la vente et l'adjudication sur saisie de l'immeuble comprendra de plein droit les immeubles par destination afférents, en l'absence et en dehors de toute inscription particulière aux livres fonciers.

On peut se demander quel peut-être au regard des créanciers hypothécaires et, d'une façon plus générale, au regard des tiers inscrits, l'effet de certaines conventions qui portent sur des immeu-

---

(15) On trouve au répertoire pratique Dalloz V° Transcription n° 6 une opinion différente qui soumet les actes translatifs d'immeubles par destination à la transcription lorsque ces biens sont transmis avec le fonds auquel ils sont attachés. A notre sens, c'est une erreur. L'inscription en pareille matière est indifférente et la meilleure preuve en est qu'aucune référence de jurisprudence n'est citée à l'appui de cette opinion qui vienne en attester le caractère pratique.

bles par destination. Soit par exemple une vente de meubles destinés à être immobilisés sur laquelle a été greffée un réméré ou une action résolutoire expressément prévue en cas de non paiement de prix ou encore une vente sans déplacement à un tiers, à un locataire de ces biens. Dans quelle mesure les droits des particuliers qui découlent de telles conventions peuvent-ils être opposés aux tiers inscrits ?

De tels conflits doivent-ils être tranchés en appliquant les règles du régime foncier en ce sens que ces droits particuliers « n'existeront » que s'ils ont fait l'objet d'une inscription particulière ? Un arrêt l'a décidé (16). Il a été jugé en effet qu'un acte de vente à une propriété immatriculée n'est opposable aux tiers que s'il a été inscrit sur le titre de propriété. Il s'agissait de 12 bœufs placés pour le service et l'exploitation du fonds revendiqués par le vendeur à réméré à l'encontre d'un créancier de l'acquéreur qui avait saisi le fonds et ses accessoires.

Une telle solution appelle les plus expresses réserves. Si l'on admet en effet que la constitution comme la disparition des affectations d'un immeuble par destination est indépendante de toute inscription, on ne peut concevoir que ses modalités d'existence puissent être soumises à un régime différent. Dans le cas d'espèce si, lors de la vente à réméré, le vendeur avait voulu faire inscrire le réméré, il se serait vu opposer un refus de la part du conservateur, le contrat portant sur un bien mobilier. Peu importe que les parties aient précisé dans l'acte la destination que l'acquéreur entendait donner au bien, la qualité du bien est indépendante de l'intention des parties. Il eût fallu apporter au conservateur la preuve de l'aménagement du bien sur le fonds, événement postérieur à la signature de l'acte. Or dès l'instant où le bien est effectivement introduit sur le fonds, les hypothèques qui peuvent le grever frappent le bien du plein droit et l'inscription qui serait alors prise ne serait pas opposable aux créanciers antérieurement inscrits

Dans l'espèce ci-dessus, le vendeur ne pouvait exercer son réméré à l'encontre du saisissant, non pas parce que le vendeur à réméré avait omis d'inscrire son droit, mais par application des principes généraux qui veulent que l'hypothèque inscrite s'étende à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (art. 2133 du Code civil).

Il nous apparaît donc que d'une façon générale pour résoudre les conflits qui peuvent surgir entre les tiers inscrits et ceux qui prétendent avoir des droits sur les immeubles par destination, il convient de recourir aux seuls principes généraux à l'exclusion de toute référence aux règles particulières de la publicité foncière.

Ainsi la vente isolée sans déplacement d'immeubles par destination n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires ou au tiers

(16) C.M., 9 décembre 1902, Dar 1903, 116.

acquéreur de l'immeuble, si les droits de ceux-ci ont été publiés avant que la vente n'ait acquis date certaine.

Mais le nantissement de biens immeubles par destination, même inscrit, serait sans valeur à l'égard des tiers, cette sûreté n'existant pas sur les immeubles immatriculés et l'inscription à elle seule ne pouvant établir l'existence d'un droit non reconnu.

2° Le droit de superficie.

180. — Le droit de superficie est un droit de propriété qui ne porte que sur les édifices et les aménagements de la surface ouvrages et plantations d'un fonds qui appartient à autrui. Un auteur (17) en déduit que le contrat autorisant à édifier des constructions ne suffirait pas à créer le droit ; la promesse de superficie ne serait donc pas par elle-même créatrice d'un droit réel et ne serait pas susceptible d'inscription. Nous sommes d'une opinion contraire et pensons que le contrat qui autorise à édifier des constructions peut être générateur de droit réel, sous réserve de l'intention des parties (18). Il existe des arguments de textes. Ainsi l'article 2133 du Code civil tel qu'il a été modifié par le décret du 4 janvier 1955 qui permet à une personne possédant le droit de construire sur le terrain d'autrui de constituer hypothèque sur les bâtiments dont la construction est commencée ou *simplement projetée*, crée un véritable droit de superficie. L'article 23 du décret foncier de l'Afrique occidentale, le consacre en termes formels : « Le droit de superficie consiste dans le fait de posséder des constructions sur un fonds appartenant à autrui ou *d'être autorisé à en établir.* »

Ce droit de superficie a été emprunté à la loi belge du 10 janvier 1824. Le premier texte qui en a fait mention outre-mer est l'article 150 de la loi tunisienne. La loi foncière marocaine l'a repris (art. 97 à 99), de même celui de l'Afrique occidentale (art. 23), de Madagascar (art. 10). Il était ignoré de l'Indochine.

Le droit de superficie a été l'objet de certaines critiques. Son caractère pratique a été contesté. On a soutenu qu'il était incompatible avec la conception française de la propriété, le droit du propriétaire du sol devenant un simple droit de créance. On a cru y voir une résurrection des rentes foncières perpétuelles du Moyen Age que la Révolution a supprimées et le Code civil prohibées (19).

En fait, il est certain que jusqu'à une époque relativement

(17) Soulmagnon, *op. cit.*, p. 154, note 2.

(18) Comp. Req., 5 novembre 1866, D.P. 1867, 132 et Req., 27 avril 1891, D.P. 92, I, 219.

(19) Doubliez, *op. cit.*, p. 176. La Tunisie vient d'interdire la constitution du droit de superficie (art. 191 du Code).

récente, le droit de superficie n'a pas été d'une application fréquente. En Tunisie, le Tribunal immobilier s'en est servi pour fixer le droit des propriétaires de palmiers et d'oliviers qui ne sont pas propriétaires du terrain et ordonner en leur faveur l'inscription d'un droit de superficie limité aux arbres et devant prendre fin à leur mort (20). Mais un regain d'intérêt s'est manifesté en faveur du droit de superficie depuis que la construction a pris un nouvel essor, elle a abouti ainsi que nous l'avons vu à la modification de l'article 2133 du Code civil et permet aux entreprises de construction de bénéficier de prêts hypothécaires pour la construction de bâtiments. Le Gabon a trouvé également dans le droit de superficie, la possibilité pour le titulaire d'une concession à titre provisoire, d'obtenir des prêts hypothécaires pour en faciliter la mise en valeur, en assimilant le permis d'occuper le sol à un droit de superficie (art. 60 de la loi du 8 mai 1963, *infra* n° 222).

Indépendamment de l'avenir auquel peut être appelé le droit de superficie, ce droit a reçu quelques applications jurisprudentielles.

L'existence d'un droit de superficie sur des constructions faites sans autorisation sur le terrain d'autrui a été en principe contesté, car ce droit ne peut s'acquérir par la prescription sur les immeubles immatriculés (21), il n'en a pas été de même lorsque les constructions ont été élevées avec le consentement du propriétaire du sol (22).

Le droit de superficie a d'ailleurs été souvent invoqué pour tenter de justifier certains empiètements faits de bonne foi sur le terrain d'autrui (23). Dans un esprit d'équité la jurisprudence l'a parfois admis. Mais juridiquement cette thèse n'est pas défendable. On peut remarquer en effet que la preuve du consentement donné aux empiètements devrait être rapportée par un écrit ou même par une inscription sur le titre du fonds victime de l'empiètement, s'il s'agissait d'ayants droit, et que, d'autre part, la bonne foi non plus ne saurait être invoquée puisque la possession se trouve en contradiction avec le titre.

3° Le droit de préemption.

181. — La plupart des législations outre-mer ont admis un droit de préemption en faveur de tout propriétaire indivis d'immeubles ou de droits réels immobiliers, pour acquérir la portion de droits indivis vendue à un tiers en se substituant à cet acquéreur

(20) T.M., 23 avril 1912, R.A. 12, 2, 387. Soulmagnon, *op. cit.*, n° 212.
(21) C.M., 12 mai 1945.
(22) Cass., 21 février 1951 : autorisation donnée à un locataire de construire sur le terrain loué.
(23) Req., 21 décembre 1935, R.A. 1937, 13 — C.M., 19 oct. 1912.

moyennant le remboursement du montant du prix de vente ainsi que celui des améliorations et les loyaux coûts du contrat (24).

Cette institution vient du droit musulman. Le droit de préemption a été en effet emprunté à la loi foncière tunisienne, dont les auteurs ont maintenu sous ce nom une institution de droit musulman, la chefaa, droit reconnu aux héritiers, aux copropriétaires, voir au Maroc, aux membres d'une même famille, de se substituer à l'acquéreur étranger de droits indivis en lui remboursant son prix. On trouve en droit français une institution analogue, en matière de retrait successoral, mais seulement, entre cohéritiers (art. 841) et en matière de communauté légale (retrait d'indivision art. 1408 du Code civil).

Le droit de préemption se justifie sur les immeubles immatriculés par l'avantage qu'il offre de réduire le nombre des indivisaires, la multiplicité des droits indivis apporte en effet une sérieuse entrave à la libre circulation des biens que le nouveau régime foncier a précisément pour but de faciliter.

Aussi, en Tunisie (art. 104) et à Madagascar (art. 14), ce droit a-t-il été étendu au superficiaire pour l'acquisition du sol et au propriétaire pour l'acquisition de la superficie afin de favoriser la réunion de ce droit à la propriété du sol. Et même à Madagascar, le propriétaire divis d'une maison peut exercer également le droit de préemption, ce cas paraît viser les propriétaires d'appartements dans un immeuble en copropriété et peut avoir à raison du développement de ces contructions un domaine d'application nouveau. En Tunisie, ce droit a été également étendu au copropriétaire divis d'une maison d'habitation à condition qu'elle ne soit pas soumise au statut de la copropriété des immeubles divisés par étage ou par appartement, ce qui en réduit considérablement le domaine d'application.

Mais lorsque cet intérêt économique et social n'existe pas, l'exercice du droit de préemption ne se justifie plus. Il en est ainsi lorsque les inconvénients résultant de l'indivision ont disparu ; lorsque la part indivise est expropriée par exemple ou à exproprier en vertu d'une déclaration d'utilité publique définitivement acquise, car le droit de préemption n'a pas été institué dans un but spéculatif (25) pas plus qu'il ne se comprend sur une part cédée amia-

---

(24) Tunisie (art. 103 et 104 du Code des droits réels) « La préemption est le droit reconnu à tout copropriétaire indivis d'un même immeuble, à tout cohéritier sur les immeubles de la succession, à tout copropriétaire divis d'une maison d'habitation, au superficiaire pour l'acquisition du sol et au propriétaire du sol pour l'acquisition de la superficie d'acquérir la portion vendue à un tiers, en se substituant à cet acquéreur, moyennant le remboursement du montant de la vente avec le prix des améliorations et les loyaux coûts du contrat. » Madagascar, art. 14 ; Maroc, art. 25 ; Afrique occidentale, art. 25.

(25) Rabat, 16 février 1927, IV, 72.

blement par un copropriétaire à une société expropriante (26), ou même dans le cas de la copropriété des immeubles divisés par étages ou par appartements, c'est la solution tunisienne.

Nous étudierons successivement les caractères du droit de préemption, le retrayé, le retrayant, le concours des retrayants sur un même immeuble, le délai dans lequel le retrait doit être exercé et les offres réelles qui accompagnent l'exercice du retrait.

Caractères du droit de préemption.

182. — 1° On a soutenu que le droit de préemption était un droit réel immobilier. C'est l'opinion dominante de la jurisprudence marocaine (27). En réalité il s'agit plutôt d'une faculté de rachat analogue au droit d'option du vendeur d'immeuble en cas de promesse unilatérale de vente (28). Tout d'abord en effet, le droit de préemption ne figure pas dans la liste limitative des droits, réels soumis obligatoirement à l'inscription, par ailleurs ce droit n'a pas besoin d'être inscrit pour être opposable aux tiers qui savent pertinemment qu'en acquérant des droits indivis, ils s'exposent à l'exercice du droit de retrait de la part des autres indivisaires ; c'est une cause légale de précarité des droits indivis acquis que la partie qui contracte ne peut ignorer puisqu'elle tient à l'objet même de vente. L'article 12 de la loi prussienne du 5 mai 1892 d'ailleurs dispense expressément de l'inscription « les droits de retrait établis par la loi ». Il en est autrement de l'action en vue de l'exercice de ce droit en tant qu'action tendant à revendiquer un droit de propriété sur un immeuble.

183. — 2° Ce droit n'existe que sur les immeubles immatriculés et ne peut s'exercer sur les immeubles en instance d'immatriculation.

Il existe cependant en Afrique du Nord, un droit de retrait musulman, le droit de la chéfaa, dont le droit de préemption tire son origine et qui offre avec lui de grandes analogies tout en obéissant cependant à des conditions d'exercice différentes et avec lequel il faut se garder de le confondre (29).

La confusion est cependant parfois faite. C'est ainsi que la Cour de cassation (30) a estimé que le droit de chefaa était purgé au cas de dépôt de la vente dans les conditions de l'article 84 du dahir du 12 août 1913 pendant la procédure d'immatriculation, s'il n'est pas exercé dans le délai d'un an qui suit le dépôt de l'acte, le dépôt

(26) Rabat, 8 février 1935, Rec., n° 1643.

(27) Rabat, 28 décembre 1946, Penant Mar. 1948, I, 113, note Roussel.

(28) Brunot, *l'exercice de la Chefâa et du droit de préemption*, n° 336, y voit un mode d'acquisition de la propriété et l'action pour revendiquer l'immeuble, une action réelle immobilière.

(29) V. Brunot, *op. cit.*

(30) Cass., 5 mars 1955.

de cet acte constituant pour la Cour suprême la publicité qui fait courir le délai d'un an fixé par l'article 32 du dahir du 2 juin 1915 du droit de préemption, confondant ainsi les deux institutions puisque le délai d'exercice de la chefaa est d'un an à compter du jour où le retrayant a eu connaissance de la vente et non pas du jour où elle a été publiée (31).

Adoptant cette jurisprudence, la Cour d'appel de Rabat va jusqu'à décider que le retrayant ne peut bénéficier du droit de chefaa, lorsqu'il exerce son droit postérieurement à l'établissement du titre foncier, au cas où cette vente a fait l'objet d'un dépôt dans les conditions de l'article 84 moins d'un an auparavant. Le droit de chefaa est purgé par l'immatriculation (32).

Cette solution ne saurait être approuvée. Le droit de chefaa tout comme d'ailleurs le droit de préemption n'est pas un droit réel immobilier, mais un mode d'acquisition de la propriété, il n'a pas à être inscrit pour être conservé. La procédure de purge ne peut avoir d'effet sur lui.

184. — 3° Le droit de préemption est une faculté exceptionnelle et dérogatoire au principe de la liberté des conventions, il doit en conséquent être interprété restrictivement et être réservé exclusivement aux ventes.

Ainsi, il ne saurait être exercé à l'encontre du concessionnaire d'un bail emphytéotique (33), ni du bénéficiaire d'une transaction, en cas de partage avec soulte en particulier (34), il ne saurait être exercé après un jugement qui, déclaratif et non translatif de droit, ne saurait être assimilé à une vente (35).

La préemption peut s'exercer aussi à l'occasion des ventes judiciaires, mais à condition que l'adjudicataire soit devenu irrévocablement acquéreur par les clauses de l'adjudication. Il a été soutenu le contraire, motif pris que le droit de préemption étant dérogatoire au droit commun, devait être interprété restrictivement (36). Mais il s'agit là d'une erreur, car le texte ne fait aucune distinction entre les ventes volontaires et les ventes forcées et les raisons qui font

---

(31) L'auteur qui critique justement cet arrêt, Bruno, *op. cit.*, n° 261, tombe lui aussi dans la même confusion, bien qu'il s'en défende, en proposant qu'après l'inscription de la vente sur le titre foncier, les règles du droit de préemption se substituent à celles de la chefaa, alors qu'il est de principe que le régime foncier ne saisit l'immeuble que pour l'avenir en respectant tout ce qui a été fait selon la loi de l'immeuble et qu'ainsi l'inscription d'une vente antérieure à l'immatriculation de l'immeuble ne saurait laisser subsister que le droit de chefaa.

(32) Rabat, 22, XII, 1945, Pen. 1948, I, 113.

(33) Les textes accordent seulement le droit de *préempter la portion vendue* à un tiers, en se substituant à l'acquéreur, expression qui cadre mal avec le caractère de cession d'un bail emphytéotique. V. Cass., 11 nov. 1931, Sir. 1932, 161.

(34) Civ., 14 mai 1957.

(35) Rabat, 2 nov. 1943, XII, 307.

(36) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 170.

admettre la préemption pour les ventes volontaires, l'intrusion d'un tiers dans la propriété familiale ou dans la communauté et la réduction du nombre des copropriétaires, subsistent pour les ventes forcées (37).

Les seules transmissions qui lui échappent sont celles qui proviennent de partages, de donations et de legs.

185. — 4° Ce droit ne peut faire l'objet d'une renonciation que lorsqu'il est acquis, c'est-à-dire postérieurement à la cession. L'article 33 du dahir du 2 juin 1915 dispose expressément « Les copropriétaires ne peuvent sous peine de nullité renoncer à l'exercice de la préemption *avant l'inscription* de la vente sur le livre foncier. » Cette renonciation peut d'ailleurs être implicite, il en est ainsi lorsque le copropriétaire propose le partage au nouvel acquéreur ou lorsqu'il offre à ce dernier de lui acheter sa part ou de la prendre à bail (38).

Le retrayé.

186. — Le retrayé doit être un acheteur.

Mais le retrayé doit être également un tiers, c'est-à-dire un étranger à la communauté ou quasi société formée par les indivisaires. Ainsi les copropriétaires d'un immeuble immatriculé ne peuvent exercer le droit de préemption sur les parts indivises acquises par l'un d'entre eux dans le même immeuble (39). Les raisons qui justifient le droit de préemption n'existent en effet plus (*supra*, n° 181). Un arrêt a cependant décidé du contraire (40) par application des dispositions de l'article 29 du dahir qui décident « le copropriétaire devenu acquéreur concourt à l'exercice du droit de préemption au même titre que les autres copropriétaires à concurrence de la part proportionnelle qu'il possédait avant son acquisition ». En fait, cet article vise le cas où postérieurement à la vente soumise au retrait, un copropriétaire achète une autre part indivise, il ne peut exercer le droit de retrait pour la part achetée postérieurement, le droit de retrait n'est pas autrement dit transmissible et le copropriétaire se trouve dans la situation d'un tiers qui aurait acquis postérieurement à la vente soumise au retrait.

Par contre un copropriétaire peut exercer le droit de préemption à l'encontre d'un membre d'une société en nom collectif qui a acheté à celle-ci ses droits indivis sur un immeuble immatriculé, la société possédant un patrimoine distinct de celui de ses membres (41).

---

(37) Cependant en Tunisie l'art. 108 du Code des droits réels vient d'interdire l'exercice du droit de retrait : 1° lorsque la vente est faite aux enchères publiques ; 2° lorsque la vente est passée entre les ascendants et les descendants et entre les conjoints.

(38) Cass., 4 novembre 1936, R.A.C., IX, p. I.

(39) Rabat, 14 juin 1945.

(40) Rabat, 26 janvier 1946, R. 1946, 413.

(41) Rabat, recueil 1952, 334.

Le retrayant.

187. Le retrayant est soumis à certains impératifs.

1° Il doit avoir fait inscrire ses droits antérieurement à l'inscription de la vente soumise au retrait.

Ainsi un héritier ne pourra préempter que s'il a fait inscrire ses droits indivis ou tout au moins sa filiation sur le titre avant l'inscription de la vente (42).

Un arrêt de la Cour suprême en décide pourtant autrement. D'après la Cour de cassation, il suffirait que le tiers ait su pertinemment d'après les actes notifiés que le retrayant avait la qualité de copropriétaire, même si l'inscription de son droit est bien postérieure à l'inscription de la vente au tiers acquéreur, l'acquéreur étranger ne pouvant invoquer les règles de la publicité destinées à protéger les tiers présumés ignorants du droit occulte à eux opposé puisqu'il n'est pas de bonne foi (43). Une telle opinion heurte les principes qui régissent la publicité foncière et qui ont pour effet de supprimer l'appréciation subjective de la bonne foi des tiers avec toutes les difficultés qu'elle comporte. Admettre que malgré l'absence d'inscription d'un droit, la connaissance que les tiers pourraient avoir de son existence suffirait à le leur rendre opposable et à leur faire perdre le bénéfice de leur inscription, compromettrait le système.

La Cour de cassation retrouve les principes en décidant que de deux acquéreurs de droits indivis portant sur un même immeuble, c'est celui qui fait inscrire son titre d'acquisition le premier qui bénéficie du droit de préemption à l'encontre de l'autre (44).

Le copropriétaire qui a vendu une partie de ses droits peut préempter ces mêmes droits, lorsque par suite de revente ils sont passés dans le patrimoine d'un tiers. L'obligation de garantie n'existe en effet qu'à l'égard du premier acquéreur, mais on ne peut imposer à un copropriétaire la présence dans la communauté d'un tiers qu'il n'a pas choisi (45).

Par ailleurs, il est bien évident que le droit de préemption peut être exercé par un retrayant qui n'a pas exercé ses droits lors des ventes antérieures (46). L'admission d'un tiers dans une communauté ou quasi société est une affaire de for-intérieur.

Par contre, pour exercer le droit de préemption, il est nécessaire d'être propriétaire d'un immeuble immatriculé, le propriétaire d'un immeuble non immatriculé ne peut exercer le droit de préemption à l'encontre du propriétaire d'un immeuble immatriculé. Ainsi,

---

(42) Rabat, 15 mars 1947, R. 1947, 172.

(43) Civ., 27 novembre 1950, R. 1952, 286. Comp. Cass., 10 juin 1959.

(44) Civ., 5 juillet 1956, Bull. 1956, I, 232. Contra Cass., 7 mai 1935, VIII, 177.

(45) Rabat, 14 février 1946, Rec. 1946, 443.

(46) Rabat, 5 juin 1945, R. 1945, 247.

s'agissant d'appartements dont les uns sont immatriculés et les autres non, les copropriétaires du rez-de-chaussée et du sous-sol non immatriculés ne peuvent exercer le droit de préemption contre le propriétaire du premier étage immatriculé (47).

2° Le rachat est indivisible, le retrayant doit exercer son droit sur la totalité des parts vendues et non sur une portion de ces parts (48).

3° Le retrayant doit manifester son intention sans équivoque et d'une manière formelle, sans restriction ni réserve. De simples « réserves » de la part de celui qui veut préempter dans l'attente d'une instance pendante, sont inopérantes, et ne font pas obstacle à la forclusion édictée par la loi pour l'exercice du retrait (49).

Droit de priorité entre les retrayants.

188. — La plupart des textes fonciers ont réglé le concours entre les préempters, à l'exception toutefois de celui de l'Afrique Occidentale et du Maroc qui renvoie aux règles de la loi musulmane (art. 30).

La loi malgache (art. 15) a adopté les solutions de la loi tunisienne (art. 78) [50]. Dans l'une comme dans l'autre, le droit de préemption est accordé en priorité au propriétaire du sol vis-à-vis du superficiaire et réciproquement, la réunion de ces deux droits est en effet nécessaire à une bonne exploitation du sol, puis aux cohéritiers et enfin aux copropriétaires divis ou indivis. Dans chacune de ces catégories celui qui a la part la plus considérable est préféré, en cas d'égalité, le sort décide.

Au Maroc, le législateur a préféré l'exercice en commun par tous les propriétaires, chacun en proportion de ce qu'il possède, et, en cas de renonciation de certains d'entre eux, le droit est exercé par les autres proportionnellement à leur part, solution évidemment plus équitable.

Délai d'exercice.

189. — L'exercice du droit de préemption est soumis à des délais de rigueur. Le sort de la propriété ne peut être en effet laissé en suspens indéfiniment.

En Afrique occidentale, le droit de retrait doit être exercé dans le délai de deux mois à compter du jour où la vente a été rendue publique (art. 25). Solution qui n'est pas satisfaisante car l'inscription ne suffit pas à établir que le retrayant ait eu en fait connais-

(47) Tunis, 13 mai 1932, R.A. 1932, 163.
(48) Rabat, 22 juin 1944, XII, 476.
(49) Civ., 4 mai 1957. Rabat, 16 février 1946, Rec. 1946, 492.
(50) Remplacé par l'art. 109 du Code des droits réels identique qui limite le droit des propriétaires divis à une certaine catégorie.

sance de la vente, le duplicata du titre foncier ne se trouvant pas nécessairement entre ses mains.

En Tunisie et à Madagascar, la solution est la même. Le texte de Madagascar (art. 17) n'a fait que reprendre, en effet, mot pour mot celui de Tunisie (art. 80) [51]. Le retrayant doit notifier son intention dans le délai de huitaine à compter du jour où il aura eu connaissance de la vente, augmenté des délais de distance sans que ce délai puisse être supérieur à deux mois. C'est à l'acquéreur de rapporter la preuve le cas échéant que le retrayant avait eu connaissance de la vente auparavant (52). Pour abréger ce délai, l'acquéreur peut d'ailleurs après inscription de son droit notifier son contrat d'acquisition aux personnes qualifiées pour exercer le retrait, le délai est alors réduit à huitaine franche à compter de la signification (art. 115 pour la Tunisie, art. 18 pour Madagascar). Mais la connaissance que peut avoir le retrayant de la vente d'un bien indivis n'équivaut pas à la notification prescrite (53).

Dans tous les cas, le droit de préemption se prescrit par six mois à compter du jour de la vente (art. 115 et 19). De ces termes précis et absolus, il faut déduire que le délai court même en l'absence d'inscription de la vente ou de toute autre circonstance, du jour de la vente (54). Il en résulte un danger certain pour le candidat à la préemption au cas où les parties, par négligence ou par calcul, taisent l'acte de vente pendant le délai imparti pour préempter. Le législateur au Maroc, comme en Afrique Occidentale, a été mieux inspiré en faisant partir le délai du jour où la vente a été rendue publique. Au Maroc, il est d'ailleurs admis que si pour échapper à l'exercice du droit de préemption, l'acheteur se refuse à faire inscrire son droit, il commet un abus de droit et dans ce cas il appartient au juge d'ordonner l'inscription sous astreinte (55).

Au Maroc, le retrayant n'a qu'un délai de trois jours pour exercer son droit à compter de la notification, outre les délais de distance (art. 31). S'il n'y a pas eu de notification, le droit de préemption se prescrit par deux mois à compter de la date du contrat, s'il a été établi en présence des copropriétaires et dans tous les cas, passé le délai d'un an à partir de l'inscription de la vente, si les propriétaires n'y ont pas assisté (56).

---

(51) En Tunisie les art. 80 et 82 ont été remplacés par l'art. 115 du Code des droits réels qui dispose : « Le droit de préemption doit à peine de déchéance être exercé dans les huit jours de la notification faite au retrayant par l'acquéreur de son acquisition avec indication du prix. Il se prescrit dans tous les cas par six mois à partir du jour de la vente faite par acte ayant date certaine. »

(52) Notamment dès la délivrance par le notaire de l'acte de vente. Cass., 23 février 1960 B.

(53) Civ., 27 juin 1956.

(54) Civ., 4 novembre 1931, Sir. 1932, I, 61.

(55) Rabat, 20 juin 1946, Rec. 1946, 533.

(56) Cass., 11 janvier 1961. B.

Le délai de préemption court même si le titre de l'acquéreur est contesté et fait l'objet d'un litige. Pour éviter la forclusion pendant le temps que dure l'instance, la jurisprudence décide que le droit de préemption doit faire l'objet d'une prénotation sur la prénotation de la demande en justice de l'acquéreur. « Il appartient au candidat éventuel à la préemption intéressé à l'événement de la procédure de prendre une prénotation pour la conservation provisoire de son droit au même titre que le demandeur en instance. » (57)

Cette cascade de prénotations appelle des réserves. L'exigence de la prénotation du droit du préempteur lorsqu'il est déjà inscrit sur le titre est discutable. Le rôle de la prénotation semble en effet perdu de vue. La prénotation ainsi que nous le verrons (voir *infra*, n° 292) ne consacre aucun droit, c'est une mesure de publicité destinée aux tiers, elle assure son auteur contre les actes de dispositions du titulaire inscrit. Comment dans ces conditions admettre que le titulaire d'un droit inscrit puisse prénoter son propre droit ? La prénotation sur soi-même n'est pas concevable. Le délai de préemption ne devrait courir que du jour où le droit est consacré par une inscription définitive et non du jour de la prénotation (58).

Au Maroc, la partie peut être relevée de la forclusion lorsqu'elle justifie qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité d'agir, par suite notamment de la rupture des communications entre la France et le pays intéressé (59), mais il ne suffit pas qu'elle se prévale de sa seule absence.

Le délai prévu pour l'exercice du droit de préemption présente le caractère non d'une prescription, mais d'une déchéance applicable à toute personne, et en particulier aux mineurs (60).

La jurisprudence en l'absence d'un texte admet au Maroc que les délais ne sont pas francs en matière de préemption (61), à Madagascar, pour la même raison, les délais ne devraient pas être francs en application des principes généraux.

---

(57) Civ., 25 mai 1954 ; Civ., 4 juin 1956, 3 mai 1957. La Cour de cassation a consacré le principe dégagé par la Cour d'appel de Rabat. Rabat, 26 décembre 1946, Rec. 1947, 117. Un frère avait vendu à un autre frère avec lequel il était en indivision un immeuble immatriculé en fraude des droits d'un tiers à qui il l'avait précédemment cédé. Le tiers poursuivit l'annulation en requérant prénotation. Il obtint gain de cause. Le frère évincé voulut alors préempter. Il fut débouté au motif qu'il n'avait pas fait prénoter son droit et que par l'effet de la prénotation prise, la décision rendue rétroagissait de plus d'une année. L'originalité de la décision réside dans le fait qu'elle admet la prénotation sur soi-même. Il y a là quelque chose d'analogue à la saisie arrêt faite sur soi-même.

(58) V. Brunot, *op. cit.*, n° 279 et suiv.

(59) Rabat, 29 avril 1944, XII, 433. Contra Rabat, 9 mai 1953, P. 1954, 296 et la note critique Léris.

(60) Civ., 21 novembre 1951. Civ., 27 novembre 1957.

(61) Civ., 3 juillet 1951.

Les offres réelles.

190. — Pour valider la demande de préemption, il ne suffit pas au retrayant de manifester son intention dans le délai légal, il faut encore qu'il accompagne sa notification d'offres réelles faites par un officier ministériel. Mais lorsque le retrayant a mis effectivement à la disposition du retrayé le prix de l'acquisition, il est sans importance que le procès-verbal des offres suivies elles-mêmes d'un procès-verbal de consignation n'ait été dressé que postérieurement à l'expiration de ce délai, sans que le fait lui soit imputable (62).

La jurisprudence témoigne d'une grande rigueur en ce qui concerne le montant des offres réelles. Elles doivent être suffisantes et égales au moins au prix connu ou estimé avec engagement de parfaire. L'offre à l'adjudicataire d'une portion indivise d'immeuble, même jointe à l'offre de payer en ses lieu et place le solde du prix d'adjudication est insuffisante, il est nécessaire en effet d'offrir le paiement du prix total d'adjudication et le montant des frais (63), il en est de même de l'offre de payer « aux mêmes conditions » un prix que l'on sait payable moitié comptant, moitié à terme, les mots « remboursement du prix de vente » impliquant la consignation de la totalité du prix avec offres réelles pour la partie du prix payable comptant (64), sans autoriser le paiement d'une partie du prix seulement.

Le prix.

191. — Le prix peut être dissimulé, c'est une première difficulté, comment doit-il être remboursé, cela en est une autre.

1° *Dissimulation du prix.*

192. — Il arrive que le prix soit simulé pour des raisons diverses. Le retrayant n'est pas pour autant désarmé, il peut contester le prix porté dans l'acte, mais à condition d'engager sans délai une action tendant à voir fixer par décision de justice le prix réel de vente (65). Le retrayant peut en effet contraindre le retrayé à lui révéler en justice les coûts loyaux du contrat, puisque leur remboursement est une condition requise pour la validité du retrait (66).

Le prix peut être soit majoré, soit réduit.

a) Majoration du prix.

Dans le but de se soustraire à l'exercice du droit de retrait, l'acheteur peut être parfois tenté de majorer fictivement le prix.

(62) Civ., 13 février 1956.
(63) Civ., 3 février 1936, I, 147.
(64) Civ., 8 juillet 1947, R.U.F. 110 et note Léris.
(65) Rabat, 27 janvier 1951.
(66) Rabat, 16 février 1927, IV, 72.

La contestation doit être élevée avant l'accomplissement du retrait (67). Le retrayant peut alors procéder à la consignation directe du prix et des accessoires, avec l'autorisation du juge, en s'abstenant de toute offre réelle, afin d'éviter que l'offre d'un prix inférieur qu'il estimerait loyal et juste, ne soit ensuite judiciairement reconnue insuffisante et inopérante (68). La déclaration du retrayant peut être même suivie d'une notification par acte extrajudiciaire d'offres réelles d'un montant égal au prix estimé par lui avec engagement de parfaire le cas échéant après expertise (69).

b) Réduction de prix.

194. — Pour des raisons fiscales ou autres, le retrayé peut avoir fait porter dans l'acte un prix d'achat inférieur au prix réel. Il lui appartient alors d'établir la dissimulation de prix et de prouver qu'il peut prétendre au remboursement d'une somme supérieure à celle énoncée dans l'acte d'achat (70).

2° *Mode de paiement du prix.*

195. — Le prix peut être offert en espèces, à deniers découverts, mais l'offre d'un chèque bancaire visé qui assure toutes garanties est satisfactoire, et même un chèque postal (71). En cas de refus, les offres doivent être suivies de consignation dans le délai imparti.

4° Les privilèges.

Principe de la suppression des privilèges.

196. — Soucieux d'établir le crédit hypothécaire sur des bases certaines, le législateur a supprimé outre-mer les privilèges à raison de leur caractère occulte (72). Toute exception au principe de la publicité est en effet contraire à la perfection du régime foncier.

Il est toutefois regrettable que des privilèges fondés sur des raisons de décence et d'humanité, comme ceux de l'article 2101 du Code civil (frais funéraires ou de dernière maladie, salaires des gens de service, fourniture de subsistance) aient été supprimés en Tunisie et à Madagascar. Il eût été possible de les sauvegarder sans compromettre le crédit immobilier, il suffisait de les déclasser et de leur

(67) Rabat, 17 mars 1942, XI, 241.
(68) Civ., 25 mai 1954, Bull. 1954, 140.
(69) Rabat, 9 juin 1942, XI, 421.
(70) Rabat, 19 avril 1934, VIII, 138.
(71) Rabat, 12 juin 1947, R. 1948, 235.
(72) Un arrêt (C.M., 13 septembre 1939) a cru devoir rejeter une demande en paiement de salaires privilégiés (art. 2101, 4° du C. civ.) parce que l'employé n'avait pas fait inscrire son privilège sur les titres fonciers de son débiteur. Le motif est erroné, si la solution est juste au fond.

accorder la préférence à l'encontre des créanciers chirographaires, sur le reliquat du prix des immeubles après paiement des créanciers hypothécaires (73).

Le privilège du vendeur ou du bailleur de fonds sur l'immeuble vendu pour le paiement du prix et celui des cohéritiers sur les immeubles de la succession pour la garantie des partages faits entre eux et des soultes ou retour de lots sont remplacés par une hypothèque forcée qui doit être rendue publique par une inscription ; à la différence du privilège, l'hypothèque ne prend rang que du jour de son inscription, le privilège, lui, quel que soit le rang de son inscription naît avec la créance qui l'intéresse. L'inscription d'un privilège qui aurait un effet rétroactif serait en contradiction avec le principe de la publicité des droits réels qui est la base du système.

Dérogation.

197. — Les lois foncières ont cependant maintenu un privilège général, celui des frais de justice, c'est-à-dire ceux faits pour la réalisation de l'immeuble et pour la distribution du prix et certains par contre (74) ont institué un autre privilège, celui du Trésor. L'un et l'autre sont dispensés de publicité.

Le privilège occulte au profit de l'Etat pour toutes les créances de celui-ci, quelle qu'en soit l'importance et l'origine est une atteinte très grave au principe de la publicité des charges. Il a été emprunté à la Tunisie : le décret du 30 octobre 1884, article 129 1° a affirmé en effet « Le privilège existant dans la Régence au profit du Trésor pour le recouvrement de ses créances de toute nature continuera à être admis. » En fait la notion de privilège est étrangère au droit musulman, le recouvrement de la dîme était opéré à titre préférentiel par le fait du prince. Il conviendrait que ce privilège soit transformé en hypothèque forcée prenant rang au jour de l'inscription. A Madagascar, d'ailleurs ce privilège vient d'être supprimé (art. 21), ainsi qu'au Dahomey (art. 27).

Le privilège de la séparation des patrimoines doit faire l'objet d'une étude spéciale.

---

(73) La Commission extraparlementaire du cadastre l'avait préconisé (art. 7 de l'avant-projet) et le décret foncier de l'Afrique occidentale l'a adopté (art. 27).

(74) Madagascar, décret du 4 février 1911, art. 30, Tunisie art. 199 du Code des droits réels.

Le nouveau Code des droits réels prévoit des privilèges généraux (art. 199) dont la liste s'inspire de celle de l'art. 2101 du Code civil : l'art. 195 dispose que « la créance privilégiée est préférée à toutes autres créances, même hypothécaires », il n'en prescrit pas la publicité, mais ne la dispense pas non plus de publicité. Cependant, le fait que la créance privilégiée soit préférée à toute autre, par conséquent à celles déjà inscrites, implique en ce qui la concerne une dispense de publicité.

La séparation des patrimoines.

198. — La séparation des patrimoines est réglée par l'article 2111 du Code civil. Elle permet aux créanciers du défunt et aux légataires de conserver leur privilège sur les immeubles de la succession par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession (quatre mois aujourd'hui).

La Commission extraparlementaire du cadastre avait réglementé ce privilège à l'article 13 de l'avant-projet. Ce privilège se conservait par une inscription prise dans les six mois de l'ouverture de la succession, malgré toute inscription prise du chef de l'héritier et sans qu'il soit besoin d'une demande en justice. Faute de quoi, il demeurait sans effet quant aux immeubles.

En Afrique occidentale, le législateur a repris le texte de la Commission extraparlementaire en décidant en l'article 29 que les créanciers et légataires qui demandent la séparation des biens conservent à l'égard des héritiers pour exercer leur privilège sur les immeubles héréditaires, le bénéfice du délai de six mois à compter de l'ouverture de la succession, nonobstant toute aliénation du chef des dits héritiers. L'effet rétroactif de l'inscription constitue une entorse aux principes, mais il faut savoir qu'il est imprudent de traiter avec un héritier dans les six mois de l'ouverture de la succession.

A Madagascar, à l'occasion de la refonte du régime foncier, le législateur a voulu régler la question (art. 21). Le privilège est maintenu, mais il ne peut être opposé aux tiers que s'il est inscrit. L'inscription peut être obtenue dès l'ouverture de la succession en vertu d'une ordonnance de justice, à la diligence du créancier. Le texte n'est malheureusement pas suffisamment explicite en ce qui concerne les effets de l'inscription.

Dans une première opinion, on peut soutenir en effet que le maintien du privilège implique la rétroactivité des effets de l'inscription au jour de l'ouverture de l'inscription, si elle est prise dans les délais requis, car la rétroactivité est de l'essence du privilège, sinon ce serait confondre le privilège et l'hypothèque. Cependant dans le silence du texte, il semble que les principes exigent le respect des règles de la publicité. Il s'agit là d'un principe fondamental qui ne peut être transgressé sans une autorisation légale expresse (75). Par ailleurs, si le privilège rétroagissait, sa publication serait sans intérêt, la rédaction du texte malgache portant que « l'inscription peut être obtenue *dès l'ouverture de la succession* » est également en faveur de cette thèse, comme le renvoi aux arti-

(75) Le nouveau texte foncier du Dahomey prévoit expressément que les effets de la séparation des patrimoines remontent au jour du décès, si le privilège a été inscrit dans le délai de six mois de l'ouverture de la succession.

cles 878 et suiv. du Code civil français et non à l'article 2111 qui seul fait remonter les effets de l'inscription à la date de l'ouverture de la succession, si elle est prise dans les quatre mois du décès.

Au Maroc, l'équivoque est levée, car les articles 163 4° et 171 substituent au privilège une hypothèque forcée qui doit être prise dans le mois de l'ouverture de la succession en vertu d'un jugement, mais qui ne prend rang qu'au jour de sa mention sur les livres fonciers, sauf prénotation.

En Tunisie, par contre, la séparation des patrimoines n'est pas prévue par la loi foncière. La question se pose de savoir si elle est applicable aux immeubles immatriculés.

Un auteur soutient que le bénéfice accordé par la loi aux créanciers de la succession n'est en réalité qu'un droit de préférence (76) d'un genre spécial et considère son inscription possible à condition qu'elle ne prenne rang qu'à sa date.

Mais cette thèse se heurte au fait qu'en Tunisie, comme ailleurs les droits de préférence ne peuvent être inscrits. L'inscription est l'apanage des droits réels (art. 373 du Code tunisien).

5° Les hypothèques.

Les hypothèques font l'objet d'une réglementation particulière, dans le régime des livres fonciers ; l'hypothèque judiciaire est supprimée, la forme de l'acte est en principe simplifiée, l'hypothèque ne se périme pas, les intérêts de la dette sont protégés pendant une certaine période et sous certaines conditions, dans certains pays on trouve une création originale, l'hypothèque différée et à Madagascar l'obligation à ordre. Enfin la purge des hypothèques disparaît. Tel se présente dans son ensemble le régime hypothécaire dont les traits particuliers vont être examinés.

Caractères généraux.

199. — Le nouveau régime foncier affirme sa nette supériorité en matière hypothécaire. Le régime instauré est pour ainsi dire parfait. D'une part, le créancier est assuré de l'indiscutabilité des droits de son débiteur par la purge des droits antérieurs à l'immatriculation, non révélés et la force probante reconnue aux inscriptions subséquentes. D'autre part, la suppression des hypothèques générales et occultes remplacées par des hypothèques, qui toutes, qu'elles soient conventionnelles ou forcées, obéissent sans aucune exception à la règle de la publicité et de la spécialité de la créance et des biens affectés, permettant à tout moment au créancier de connaître la marge exacte de crédit dont dispose sur son actif immobilier le débiteur.

On peut donc dire que dans ce domaine, les régimes fonciers

(76) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 250 et suiv.

outre-mer ont largement anticipé sur l'évolution du droit français telle qu'elle s'est achevée ces dernières années et qui n'offre cependant pas au point de vue de la certitude des droits du débiteur le même degré de force probante.

Anticipant encore sur la solution apportée en France par le décret du 4 janvier 1955 qui a converti les privilèges spéciaux ou généraux sur les immeubles autres que ceux visés aux articles 2103 et 2104 du Code civil, en hypothèques légales, la plupart des législations d'outre-mer ont accordé une hypothèque forcée au vendeur, à l'échangiste et aux copartageants sur l'immeuble vendu, échangé ou partagé quand il n'a pas été réservé d'hypothèque conventionnelle pour le paiement du prix ou de la soulte d'échange ou de partage.

L'hypothèque judiciaire — suppression.

200. — L'hypothèque judiciaire est celle qui est accordée au bénéficiaire d'un jugement pour garantir son exécution. Elle permet de prendre inscription sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

Outre-mer, le législateur l'a supprimée. Ce n'est pas le caractère général de l'hypothèque qui a entraîné sa condamnation. Il eût été en effet possible de déterminer les immeubles sur lesquels porterait l'hypothèque judiciaire et de procéder comme pour les hypothèques forcées. Le reproche qui a été fait à l'institution est de créer arbitrairement un ordre de préférence entre les créanciers qui, d'après la loi du contrat, devraient se trouver sur le même rang : elle devient le prix de la course au jugement, partant de frais... Bon nombre de législations étrangères, et en particulier la loi belge de 1851, l'ont supprimée.

L'hypothèque judiciaire a été remplacée par l'inscription du commandement. L'inscription du commandement rend l'immeuble indisponible au profit de tous les créanciers chirographaires, sans preférence aucune entre eux. Néanmoins l'avantage de l'hypothèque judiciaire reste d'assurer un gage au créancier sans l'obliger à poursuivre sans rémission son débiteur.

L'hypothèque et la faillite.

201. — La suppression de l'hypothèque judiciaire a eu pour conséquence la suppression de l'hypothèque de la masse résultant du jugement de mise en faillite dans les pays régis par le système des livres fonciers. Cette mesure présente des dangers sérieux pour les créanciers.

Pour y parer, certaines législations ont créé une hypothèque forcée en faveur de la masse. L'initiative a été prise par l'Afrique occidentale, mais le texte (art. 32) est incomplet. Les conditions d'inscription de cette hypothèque ne sont pas réglementées. Du

silence du texte, il a fallu déduire une référence à l'article 485 du Code de commerce qui prévoit pour l'inscription le dépôt d'un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite et indiquant la date du jugement, sans aucune obligation de fixer même à titre provisoire le montant des créances. Il y avait là une exception à la règle de la créance garantie en matière foncière.

L'ordonnance de 1960 (art. 24), à Madagascar, a institué postérieurement la même hypothèque en faveur de la masse, mais le décret d'application précise que les syndics doivent à l'appui de leur réquisition joindre une expédition du jugement déclaratif de faillite le nommant.

Dans le cas d'hypothèque forcée, le jugement déclaratif n'a pas à la conférer puisqu'elle est de droit (77).

En l'absence d'hypothèque forcée, on a prétendu que le silence du texte foncier sur l'existence de l'hypothèque au profit de la masse était sans importance : puisque le Code de commerce est applicable, il doit être possible de requérir sans autre disposition, l'inscription sur les immeubles immatriculés d'une hypothèque au profit de la masse, il aurait fallu un texte pour la supprimer (78).

Ce raisonnement n'est pas pertinent. Si le Code de commerce est applicable outre-mer, ce ne peut être qu'en ce qui concerne les rapports personnels entre les intéressés, mais non en matière immobilière. En matière d'hypothèque, l'interprétation est de droit étroit et il ne peut y avoir d'autres hypothèques légales que celles que la loi énumère, le silence du texte foncier est donc révélateur de l'intention du législateur.

Pour suppléer à la carence de texte, une jurisprudence originale s'est développée d'abord à Madagascar (79), puis au Maroc (80). La faillite ou la liquidation judiciaire est considérée là, à juste titre, d'ailleurs, comme un fait qui crée une situation d'indisponibilité des immeubles du débiteur et qui modifie les conditions d'inscription des droits réels sur les immeubles qui lui appartiennent, le dessaisissement du failli peut donc faire l'objet d'une inscription.

Il en résulte qu'à défaut d'inscription sur le titre, la faillite demeure inexistante à l'égard des tiers et qu'ainsi un donataire peut valablement faire inscrire postérieurement au jugement de faillite, une donation antérieure et l'inscription produit tout ses effets (81), inversement un liquidé judiciaire ne peut demander l'inscription de la vente de son immeuble, après l'inscription du

(77) Dakar, 8 juin 1934, P. 1936, 124.
(78) Note sous Cass., 16 juin 1909, Sir. 1910, I, 25 ; R.A. 1909, 2, 379.
(79) C.M., 26 août 1914, P. 1915, 137.
(80) Rabat, 19 avril 1935, VIII, 305. Cette jurisprudence rejoint la thèse qui voit dans le dessaisissement un véritable droit réel de la masse des créanciers sur le patrimoine du débiteur. Percerou, *Des faillites*, t. I, n° 97.
(81) C.M., 12 août 1914, P. 1915, 55.

jugement déclaratif, cet acte fut-il de loin antérieur à la cessation des paiements (82).

Cette jurisprudence vient d'être consacrée en Tunisie par le nouveau Code des droits réels (art. 372) qui prescrit l'inscription au livre foncier du jugement ordonnant la convocation des créanciers pour délibérer sur le concordat préventif ou homologuant le concordat préventif ou du jugement déclaratif de faillite et prévoit que toutes les inscriptions peuvent être prises jusqu'à cette publication nonobstant toutes dispositions contraires.

L'inscription du jugement déclaratif produit un véritable arrêt des inscriptions des actes passés par le débiteur avant ou après la cessation des paiements, elle offre en outre l'avantage de permettre d'atteindre les sous-acquéreurs.

Cependant le palliatif de l'inscription du jugement a des effets plus limités que l'inscription de l'hypothèque. En effet, l'hypothèque, elle, reste maintenue pendant tout le temps de la procédure de la faillite et même après que le failli a été réintégré dans ses biens à la suite d'un concordat, tandis que l'état d'indisponibilité cesse en même temps que la cause qui l'a créé, c'est-à-dire avec la clôture de la faillite et de la liquidation judiciaire.

Ces deux garanties se complètent donc et devraient coexister.

De la forme des hypothèques.

202. — La Commission du cadastre, à l'instar de nombreuses législations étrangères, avait estimé préférable que toutes les hypothèques comme tous les autres actes destinés à être inscrits, soient rédigés sous la forme authentique qui apporte des garanties de forme et de fond bien supérieures.

Néanmoins, à l'origine tout au moins, la solution inverse fut admise. En Tunisie, d'abord, l'article 343 de la loi de 1885 repris par l'article 378 du Code des droits réels pose le principe de la liberté de la rédaction des actes, sous seings privés ou sous la forme authentique ; au Maroc (art. 173 et 174), en Afrique Occidentale (art. 402), ainsi qu'à Madagascar (art. 42 ancien) le même principe fut appliqué.

Des considérations pratiques militaient en faveur de cette solution : le nombre relativement faible de notaires dans ces pays, les prescriptions méticuleuses imposées par les textes fonciers pour la rédaction des écrits, l'intervention et le contrôle du conservateur sur les actes déposés, autorisaient ce libéralisme.

Toutefois, la cession de l'hypothèque forcée de la femme mariée, comme sa renonciation à cette hypothèque à raison de la gravité de ces actes devaient être passées devant notaire, à peine

(82) C.M., 16 mai 1945.

de nullité (83), c'était au tiers intéressé à vérifier lui-même l'accomplissement de cette formalité.

Depuis quelques années cependant on assiste dans certains territoires à une réaction en sens inverse provoquée par la mauvaise rédaction des actes présentés et l'augmentation du nombre des notaires qualifiés. C'est ainsi qu'au Sénégal, le décret du 8 février 1961 a prescrit que l'hypothèque conventionnelle soit désormais consentie par un acte authentique. La même mesure a été prise en Côte d'Ivoire, le 13 avril 1964 et au Gabon par la loi du 8 mai 1963 (art. 48).

Absence de péremption des hypothèques.

203. — En France, l'inscription des hypothèques doit être renouvelée tous les dix ans (art. 2154 du Code civil), à peine de péremption. Cette mesure est en effet nécessaire, c'est une conséquence de la publicité personnelle, si les inscriptions ne se périmaient pas les recherches seraient longues et difficiles et les risques d'erreur considérables. Ce sont donc des raisons d'ordre pratique qui ont décidé à admettre la péremption des hypothèques.

Ces raisons disparaissent dans le système de la publicité réelle, c'est pourquoi sous le régime des livres fonciers, l'inscription n'a pas à être renouvelée. Un droit régulièrement inscrit subsiste jusqu'à ce qu'une autre mention vienne en faire connaître l'annulation ou la modification, la suppression du renouvellement des hypothèques est une conséquence nécessaire du principe de la publicité. Il en est ainsi, en particulier, de l'hypothèque consentie à la femme en garantie de sa créance de reprises dotales dont la radiation n'a pas été demandée ; elle conserve sa validité jusqu'à mention au même titre de l'acte libératoire (84).

Conservation des intérêts.

204. — L'article 2151 du Code civil prévoit que le créancier hypothécaire inscrit a le droit d'être colloqué pour trois années seulement au rang du capital. Antérieurement au Code civil, tous les intérêts étaient alloués au même rang que le principal en vertu de la maxime que l'accessoire suit le principal.

Dans les pays d'outre-mer, la solution varie. En Tunisie, le créancier est colloqué pour trois années sous condition que le taux de l'intérêt soit indiqué dans l'acte d'inscription (art. 272). Au Maroc, la collocation des intérêts n'est prévue que pour une année seulement et pour l'année courante si ce droit résulte de l'acte, s'il est inscrit et si le taux de l'intérêt est indiqué (art. 160), la Com-

(83) Maroc art. 174 du dahir du 2 juin 1915, Afrique occidentale art. 40, Madagascar art. 38.

(84) Req., 13 novembre 1934, R.A. 1936, 138.

mission du cadastre prévoyait dans son projet deux années (art. 76). Par contre, à Madagascar, comme d'ailleurs en Afrique Occidentale, le texte antérieur était muet. L'article 17 ancien qui prévoyait que les dispositions du Code civil étaient en principe applicables aux immeubles immatriculés semblait autoriser la collocation pour trois années d'intérêt. C'était la solution admise en Afrique Occidentale (85). Elle se heurtait à l'esprit de la législation foncière qui demandait que le taux de l'intérêt soit indiqué dans l'inscription afin de prévenir les tiers.

La refonte du régime foncier devait permettre au législateur malgache de régler la question. Désormais, l'hypothèque garantit les intérêts pour trois ans au plus, sous réserve que cette garantie et le taux des intérêts soient inscrits en même temps que l'acte (art. 34 de l'ordonnance de 1960).

Du rang des hypothèques entre elles.

205. — L'hypothèque, qu'elle soit volontaire ou forcée, n'existe à l'égard des tiers et n'a rang entre les créanciers que du jour de l'inscription, prise dans la forme et de la manière prescrites par la loi. Le principe est certain et ne soulève, en règle générale, aucune difficulté d'application. Il est admis en Tunisie (art. 278), en Afrique Occidentale (art. 260), au Maroc (art. 161) et à Madagascar (art. 34).

Une difficulté se présente au cas d'inscriptions hypothécaires prises le même jour, comment dans cette conjoncture les créanciers exerceront-ils leurs droits ?

Concours d'inscriptions prises le même jour.

206. — En Tunisie, la solution est réglée par les dispositions de l'article 278. Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur. C'est la solution de l'ancien article 2147 du Code civil.

En Afrique Occidentale, la solution est différente, l'ordre des inscriptions, en matière d'hypothèques, règle le rang de priorité des créanciers (art. 160). La première inscription prime la seconde, même si elle a été prise le même jour (86).

Mais, au Maroc comme à Madagascar, la question n'est pas tranchée ; à l'occasion de la refonte du régime malgache en 1960, le législateur n'a pas cru devoir régler une question qui se pré-

(85) Dakar, 3 juillet 1946, cité par Doubliez, *op. cit.*, 141.

(86) Commentaire de Boudillon à l'art. 115 à l'avant-projet devenu l'art. 139 en 1939. Dakar, 3 juillet 1936.

sente plus fréquemment que l'on ne le pense. Le texte dans ces deux pays est à peu de chose près le même et ne pose pas en termes explicites comme en Afrique Occidentale, le principe que l'ordre des inscriptions règle le rang de priorité des créanciers. La tentation est donc grande d'appliquer la solution du Code civil français qu'il s'agisse de l'ancien article 2147 ou du nouvel article 2134 qui décide que lorsque plusieurs inscriptions sont requises le même jour relativement au même immeuble, celle qui est requise en vertu du titre portant la date la plus ancienne est réputée d'un rang antérieur.

Selon nous, cependant, dans le silence du texte, il convient de revenir aux principes généraux de la publicité en matière de livres fonciers et d'adopter la règle de la priorité de l'inscription pour régler le concours entre créanciers inscrits le même jour.

L'hypothèque différée.

207. — Certains pays ont adopté l'hypothèque différée. L'hypothèque différée est une hypothèque conventionnelle dont la publication peut être différée pendant un maximum de quatre-vingt-dix jours, sans que le créancier soit exposé à perdre son rang. Elle suppose évidemment un prêt à court terme.

L'acte constitutif de l'hypothèque doit être rédigé dans les formes ordinaires, et un original, une expédition ou une copie authentique, suivant le cas, est alors remis au créancier hypothécaire avec le duplicata du titre ; celui-ci en effectue le dépôt à la conservation, en faisant défense par écrit au conservateur de déférer à aucune réquisition d'inscription au préjudice de son droit, dans un délai qui ne peut être supérieur à 90 jours. Ce dépôt valable pour ce délai comme opposition, est inscrit à sa date au registre des dépôts et mention provisoire en est faite sur le titre foncier ; exceptionnellement cette mention n'est pas reproduite sur le duplicata du titre foncier.

Cette institution trouve son origine dans l'Act Torrens et vise à faciliter les prêts à court terme. Elle a été reprise en Afrique Occidentale (art. 43), au Maroc (art. 182 et suiv.), en Indochine (art. 279) et à Madagascar (art. 35). Il s'agit là d'une faculté exceptionnelle, dérogatoire au principe de la publicité de tous les droits réels, prise en faveur du propriétaire momentanément gêné.

Le débiteur, démuni de sa copie ne peut constituer hypothèque au profit d'autres personnes, ni aliéner sa propriété. Pour obtenir le titre indispensable, il est obligé de rembourser. L'inscription sur le registre des dépôts de l'acte hypothécaire avec mention provisoire sur le titre foncier garantit le créancier contre les actes de poursuite, commandements, saisies.

Si dans le court délai de validité de l'opposition une nouvelle inscription vient à être requise, le conservateur procède préalablement à l'inscription régulière de l'hypothèque différée.

Cette faculté semble rarement utilisée et n'a donné lieu à notre connaissance à aucune décision judiciaire.

Obligations hypothécaires à ordre.

208. — Une initiative intéressante a été prise à Madagascar en vue de mobiliser le crédit immobilier. Si le texte antérieur n'interdisait pas les obligations à ordre transmissibles par simple endossement, certaines difficultés pratiques d'adaptation en contrariaient l'application. Une réglementation très étudiée a mis au point cette question (art. 43 à 52 de l'ordonnance organique de 1960). Il convient d'attendre l'accueil qui sera fait à cette facilité intéressante.

Suppression de la purge des hypothèques.

209. — A l'exception de la Tunisie, les législations foncières outre-mer ont supprimé la procédure de purge (87).

La purge se conçoit en effet sous un régime où l'hypothèque est occulte et générale, mais elle n'offre plus la même utilité lorsque l'hypothèque est révélée pour chaque immeuble par une inscription qui précise le montant de la créance garantie. Les tiers connaissent alors la mesure dans laquelle l'immeuble est grevé, et si les charges dépassent la valeur, ils se gardent de traiter, à moins d'obtenir une libération amiable.

La purge fait l'objet de critiques : c'est une atteinte aux droits des créanciers hypothécaires puisqu'ils peuvent se voir contraints d'accepter une somme inférieure à leur droit, à moins de se mettre dans l'obligation de surenchérir alors qu'ils peuvent ne pas être en état de le faire. La purge les prive aussi d'un placement avantageux et favorise les collusions entre acheteurs et vendeurs.

La suppression de la purge a été inspirée par les législations germaniques et australiennes. C'est une mesure favorable au crédit ; les créanciers hypothécaires ne sont plus sous la dépendance de leur débiteur et peuvent choisir le moment le plus opportun pour réaliser leur gage.

La Tunisie cependant a cru devoir conserver la procédure de la purge dans l'intérêt des transactions immobilières (art. 292 et suiv.) ; on a pensé que le débiteur dont l'immeuble est hypothéqué ne trouvera pas d'acquéreur, si celui-ci ne peut purger, mais les conditions de la purge ont été améliorées : le créancier n'est pas obligé de se porter lui-même enchérisseur, il peut présenter un tiers et, sauf conventions contraires, l'acquéreur jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire, comme il doit observer ceux stipulés contre ce dernier.

---

(87) Maroc, art. 213 du dahir de 1915. Afrique occidentale art. 52. Madagascar art. 41.

Il importe de souligner que la purge prévue en cas de vente volontaire est seule proscrite, mais que cette disposition n'a pas eu pour effet d'abroger l'article 777 du Code de procédure civile aux termes duquel, en cas de saisie immobilière, le jugement d'adjudication purge toutes les hypothèques (88). La purge est également maintenue en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (89).

II. — Exécution forcée sur les immeubles immatriculés

La procédure d'exécution forcée sur les immeubles se rattache aux voies d'exécution, partant à la procédure civile. Cependant un certain nombre de pays ont cru devoir insérer la procédure d'exécution forcée sur les immeubles immatriculés dans la législation foncière, tant à raison du fait qu'il existe plusieurs régimes fonciers différents dans ces pays qu'à raison de la certitude des droits acquis sur ces immeubles qui autorise un mode accéléré d'exécution.

C'est ainsi que les textes fonciers de l'Afrique occidentale (art. 54 et suiv.), du Cameroun (art. 52 et suiv.), de Madagascar (art. 53 à 80 de l'ordonnance du 22 octobre 1960), du dahir foncier du 7 juin 1915 (art. 203 et suiv.), en partie tout au moins pour ce dernier texte, règlent la procédure d'exécution sur les immeubles immatriculés.

Par contre, dans d'autres pays, la saisie immobilière est complètement ignorée des textes fonciers, c'est le cas de la législation du Congo et du Gabon.

Une évolution semble se dessiner actuellement pour sortir la procédure d'exécution forcée sur les immeubles immatriculés des textes fonciers et l'insérer dans le Code de procédure civile, ce qui paraît être dans l'ordre des choses. Il en a été ainsi en Tunisie où l'article 55 de la loi tunisienne qui réglait l'inscription du commandement a disparu du Code des droits réels et à Madagascar où les articles 53 à 80 susvisés, ont trouvé place dans les articles 490 à 569 de la loi du 19 novembre 1966 promulguant les 2e, 3e et 4e parties du Code de procédure civile.

D'une manière générale, la procédure d'exécution forcée sur les immeubles immatriculés, est dominée par le remplacement de l'hypothèque judiciaire par l'inscription du commandement.

Nous verrons donc successivement :

1° le remplacement de l'hypothèque judiciaire par l'inscription du commandement ;

2° l'inscription du commandement et ses effets :

a) immobilisation de l'immeuble

---

(88) Art. 70 Madagascar et 80 Afrique occidentale, art. 211 dahir 2 juin 1915 Maroc ; Dakar, 31 mai 1935, Dar 1935, 106 ; Cass., 17 février 1943, P. 1945, 46.

(89) Madagascar art. 42, Afrique occidentale art. 53.

1) Arrêt du cours des inscriptions ;
2) Nullité des inscriptions postérieures ;
b) Maintien de la recevabilité des actions en nullité de l'inscription du débiteur saisi.
3° Le dépôt du cahier des charges.
4° Le contentieux de la saisie immobilière.
5° L'adjudication.

1° *Remplacement de l'hypothèque judiciaire par l'inscription du commandement.*

210. — La suppression de l'hypothèque judiciaire laisse les créanciers pourvus d'un titre exécutoire exposés aux agissements d'un débiteur de mauvaise foi cherchant à se rendre insolvable, soit en aliénant ses immeubles, soit en les hypothéquant en fraude de leurs droits. Il convenait de trouver un autre mode de protection qui les garantisse contre de telles manœuvres. C'est l'objet de l'inscription du commandement du créancier nanti d'un certificat d'inscription ou d'un titre exécutoire au livre foncier.

Cette institution tire son origine de la loi belge du 15 août 1854 qui avait prévu la transcription du commandement de payer et interdit au débiteur d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles indiqués au commandement. L'inscription devait être suivie dans le délai d'un mois d'un exploit de saisie.

A la différence de l'hypothèque judiciaire qu'elle remplace, l'inscription du commandement ne crée pas de droits de préférence entre les créanciers chirographaires, l'inscription n'est pas le prix de la course, grief essentiel adressé à l'hypothèque judiciaire. Le créancier dont le commandement est inscrit n'a d'autre droit réel sur l'immeuble que celui qui peut être attaché à sa créance.

Certains pays, Madagascar et l'Afrique occidentale, ont opté en faveur d'une liquidation immédiate des biens du débiteur en écartant toute question d'opportunité. Le créancier qui a fait inscrire son commandement est en effet obligé de procéder à la vente dans les trois mois du dépôt du cahier des charges.

Un enchaînement aussi rigoureux et inéluctable n'est pas sans entraîner des inconvénients sérieux pour le débiteur.

Aussi certains pays, comme la Tunisie, ont-ils préféré une autre solution. L'inscription du commandement n'empêche pas le débiteur de jouir de son immeuble et d'en percevoir les loyers, mais elle l'empêche d'en disposer, tout au moins les actes de disposition passés ne sont pas nuls, mais sont dépourvus d'efficacité tant que l'inscription du commandement reste maintenue. Par ailleurs l'inscription ne donne pas de droit réel sur l'immeuble, ni de droit de préférence sur les autres créanciers. L'inscription du commandement ne met pas non plus en demeure le créancier de poursuivre l'adjudication de l'immeuble, il est seulement prévu que ses effets cessent de plein droit à l'expiration d'un délai de trois ans (art. 55 *ter*, modifié par

décret du 24 juin 1957) à compter du jour où elle est effectuée, s'il n'est pas intervenu une adjudication duement transcrite ou un jugement prorogeant le délai d'adjudication et mentionné sur le titre.

Ce système nous paraît préférable (90) car la gêne momentanée d'un débiteur de bonne foi ne doit pas entraîner pour lui la réalisation immédiate de ses propriétés, partant un préjudice irrémédiable.

2° *L'inscription du commandement et ses effets.*

211. — Le titre inscrit est assimilé au titre exécutoire en matière d'exécution forcée, la légalité de l'inscription autorise cette assimilation légale (91). Il s'ensuit que le créancier hypothécaire non payé peut au même titre que le créancier muni d'un titre exécutoire faire commandement au débiteur de le payer.

Le débiteur peut posséder plusieurs immeubles. Pour prévenir les poursuites abusives, il est prescrit qu'en cas d'affectation de plusieurs immeubles à une même créance, l'exécution ne peut être poursuivie simultanément sur chacun d'eux qu'après autorisation judiciaire. Le président du tribunal désigne par voie d'ordonnance le ou les immeubles qui feront l'objet de la poursuite. Cette désignation doit être obtenue avant le dépôt du cahier des charges. Il en est d'ailleurs de même lorsqu'un commandement afin de saisie, signifié en vertu d'un titre exécutoire non inscrit, ne portant pas d'affectation, aura été inscrit sur plusieurs immeubles (art. 55 Afrique occidentale et 54 pour Madagascar).

Le juge n'autorisera l'exécution sur plusieurs immeubles qu'après s'être assuré que la réalisation d'un seul serait insuffisante pour régler la totalité de la dette et jusqu'à due concurrence.

Le ou les immeubles déterminés, le créancier s'il veut parvenir à la vente forcée, doit faire signifier au débiteur un commandement.

L'original de ce commandement doit être, dans un délai de quinze jours (Afrique occidentale) ou de vingt jours (Madagascar) à dater de la signification, visé par le conservateur afin de prévenir les tiers de son existence et de mettre ceux-ci en garde contre toute transaction concernant l'immeuble et pouvant léser les droits des poursuivants.

Le commandement est inscrit sur le titre de propriété, et, s'il y a eu un précédent commandement inscrit, le conservateur inscrit néanmoins sommairement le nouveau commandement, mais en le visant, il mentionne la date de la première inscription, ainsi que le nom de poursuivant et du poursuivi (Afrique occidentale, art. 59, Madagascar, art. 56).

---

(90) V. *Commission extraparlementaire du cadastre*, t. 3, p. 50.

(91) Req., 1er juillet 1920, R.A. 1921, 149 ; C.M., 1er août 1906, Dar 1906, 242. V. *infra*, n° 261 et suiv.

a) Immobilisation de l'immeuble.

212. — En cas de paiement dans le délai imparti, l'inscription est radiée, mais en cas de non paiement, le commandement inscrit vaudra saisie. L'immeuble et ses revenus seront immobilisés dans les conditions prévues aux articles 682 et 685 du Code de procédure civile (92). Le débiteur ne pourra aliéner l'immeuble, ni le grever d'aucun droit réel ou charge jusqu'à la fin de l'instance. Le conservateur refusera d'opérer toute nouvelle inscription requise dans ce but (Afrique occidentale, art. 60, 61, Madagascar, art. 57).

Cependant les créanciers du propriétaire de l'immeuble peuvent continuer de s'inscrire, car l'ordre d'inscription des créanciers ne crée entre eux aucun ordre de préférence. L'inscription du commandement n'a d'autre effet que d'empêcher le débiteur d'aliéner l'immeuble ou de le grever de droits réels, mais il n'a pas pour effet de transformer le droit personnel du créancier en un droit réel, l'inscription du commandement n'a pas pour conséquence de transformer le créancier chirographaire en tiers inscrit au sens de la loi foncière.

L'immobilisation de l'immeuble se traduit par l'arrêt du cours des inscriptions et la nullité des inscriptions postérieures au commandement.

1) Arrêt du cours des inscriptions.

L'arrêt du cours des inscriptions se produit dans le cas de non paiement dans le délai imparti, depuis la signification du commandement. Fait exceptionnel, sous le régime des livres fonciers, cette mesure a un effet rétroactif : l'arrêt des inscriptions rétroagit à la date de l'inscription du commandement. Les tiers inscrits dans ce délai ne peuvent être surpris puisque l'inscription du commandement les avertissait de cette éventualité et de la précarité de leur droit, on peut dire que l'inscription du commandement a la valeur d'une prénotation.

La jurisprudence applique le principe avec rigueur, au droit réel non inscrit avant l'inscription de la saisie (93), à la demande d'inscription d'un droit de copropriété par antériorité à la saisie, et ce, même si le saisissant aurait dû avoir connaissance des droits du prétendu copropriétaire, car aucun texte ne prévoit une influence quelconque de la notoriété publique sur les mentions portées sur le livre foncier (94), à un jugement, malgré l'effet rétroactif qui lui est reconnu (95), et même à un jugement de partage qui fait remonter

(92) En réalité ce n'est pas l'art. 685, mais l'art. 686 du Code de procédure civile qui prévoit l'immobilisation de l'immeuble et en fixe les conditions.
(93) Rabat, 18 février 1933.
(94) Cass., 7 mai 1935, VIII, 177.
(95) Rabat, 16 octobre 1936, XI, 161.

les droits de propriété de chaque copartageant à une époque antérieure au commandement (96).

2) Nullité des inscriptions postérieures.

« Tous les actes inscrits postérieurement à la date où le commandement aura été inscrit, seront nuls de plein droit vis à vis des tiers » (Afrique occidentale, art. 61, Madagascar, art. 58).

Cette mesure appelle des réserves. Il aurait pu être plus judicieusement décidé que les aliénations et constitutions de droits réels consenties ou nées antérieurement à la publication du commandement, mais inscrites postérieurement seraient inopposables aux créanciers saisissants et à l'adjudicataire seulement et non pas à tous les tiers indistinctement. En effet, si la procédure de saisie est abandonnée, les inscriptions prises postérieurement à celle du commandement devraient conserver leur valeur, il n'y a aucune raison de pénaliser les tiers qui ont pris la précaution de s'inscrire. Le texte pourrait donc être repris en s'inspirant notamment des dispositions de l'article 686 du Code de procédure civile qui fait la distinction.

Dans la rédaction actuelle du texte, on doit admettre que toute nouvelle inscription qu'elle qu'en soit l'origine: droits ou charges nés antérieurement à l'inscription du commandement ou postérieurement, qu'il s'agisse d'ailleurs d'inscriptions proprement dites ou de prénotation est nulle.

Un auteur soutient le contraire, en ce qui concerne tout au moins les prénotations, et admet le principe de la possibilité d'une prénotation après inscription du commandement infructueux pour des raisons d'ordre pratique, en vue de protéger le demandeur en nullité contre des actes de dispositions éventuels après main-levée du commandement et aussi parce que « de toute évidence » la prénotation ne constitue pas un droit réel et ne représente pas davantage une charge (97). Cette thèse appelle des réserves, car elle méconnaît la nature de la prénotation qui est bien une inscription, mais affectée d'une condition suspensive « si l'événement de la procédure le permet ». L'inscription d'une prénotation ne paraît pas possible, lorsque l'inscription du droit lui-même est interdite : ce serait donner un avantage que rien ne justifie au titulaire d'un droit litigieux sur celui qui se prévaut d'un droit non contesté.

b) Maintien de la recevabilité des actions en nullité de l'inscription du débiteur saisi.

213. — L'inscription du commandement, ainsi que nous ve-

(96) Rabat, 16 octobre 1936.

(97) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 331 et C.M., 15 mars 1961. Le Code des droits réels a consacré cette opinion (art. 369). « Les prénotations de demandes en justice de contrats de mogharsa peuvent être faites sur le registre foncier nonobstant l'existence d'une opposition ou d'une saisie. »

nons de le voir, n'a pas pour effet de transformer le créancier chirographaire en un tiers inscrit au sens de la loi foncière. Le créancier ne prétend à aucun droit réel sur l'immeuble immobilisé. Il tend seulement à réaliser le bien de son débiteur pour rentrer dans ses fonds.

Il s'ensuit que nonobstant l'inscription du commandement, les tiers peuvent agir en distraction de saisie et que l'annulation ou la modification de l'inscription qui relate les droits de leur débiteur, sur leur intervention, est opposable, selon nous, malgré l'inscription du commandement, aux saisissants. C'est une limite au principe de l'immobilisation de l'immeuble.

3° *Dépôt du cahier des charges.*

214. — Dans un délai maximum de trente jours à compter de l'expiration du délai fixé pour le paiement à Madagascar (art. 59) et de trois mois à compter du visa du commandement par le conservateur en Afrique occidentale (art. 64), il est procédé au dépôt du cahier des charges. Trente jours au moins avant le jour fixé pour la vente, une publication sommaire est faite par voie d'insertion dans un journal local ou dans le *Journal officiel* et l'apposition de placards afin de donner une large publicité à la vente est prévue. L'apposition de ces placards est dénoncée au débiteur et aux créanciers inscrits avec sommation de prendre connaissance du cahier des charges et d'assister à la vente, trente jours au moins avant le jour fixé pour la vente.

Le caractère rigoureux de l'enchaînement des poursuites a été critiqué et ainsi que nous l'avons vu (*supra,* n° 210), la Tunisie a préféré une procédure plus souple.

La vente ne peut être fixée, à peine de nullité absolue des poursuites, au delà d'un délai maximum de quatre-vingt-dix jours du dépôt au greffe du cahier des charges (Madagascar, art. 63 — Afrique occidentale art. 66). Elle a lieu en présence du débiteur.

4° *Le contentieux.*

215. — Toujours en vue d'asseoir le crédit immobilier, le législateur a voulu assurer une solution expéditive et peu coûteuse aux incidents de saisie. Ce sont de véritables instances qui aboutissent à des jugements contentieux, mais selon une procédure très simplifiée et accélérée.

Les dires et observations de toute nature, les oppositions, les demandes en nullité de poursuites basées tant sur des moyens de forme que sur des moyens de fond doivent être consignés au cahier des charges huit jours au moins avant le jour fixé pour la vente. Le tribunal est obligatoirement saisi par voie de requête motivée

cinq jours au moins avant la vente (98). Le tribunal entend les parties à l'audience même à laquelle doit avoir lieu la vente et statue à l'audience même. La décision est rendue en dernier ressort (Madagascar art. 520 Code proc. civ. — Afrique occidentale art. 68).

Toute action tendant à annihiler les effets de la procédure de saisie doit être suivie conformément à ces prescriptions, à peine de nullité. Ces dispositions sont d'ordre public et toute action entreprise en suivant les formes du droit commun est irrecevable (99), telle l'action intentée après signification du commandement en nullité de la créance qui sert de base à la procédure de saisie (100), il en est de même de l'action tendant à surseoir à la vente (101).

Les décisions rendues en cette matière par le tribunal sont dans tous les cas rendues en dernier ressort (Madagascar art. 67 — Afrique occidentale art. 68).

A noter que dans le cas où il ne serait pas donné suite au commandement ou dans le cas où l'adjudication n'a pas lieu, le saisi peut toujours demander en référé la main-levée du commandement (Madagascar art. 68 — Afrique occidentale art. 69).

5° *L'adjudication.*

Après l'adjudication, l'adjudicataire entre en jouissance de l'immeuble acquis à l'expiration du délai de surenchère, sous réserve de l'exécution des baux en cours, et en ce qui concerne la remise du titre, des formalités d'inscription sur le titre foncier (Madagascar art. 70, Afrique occidentale art. 70). Il doit verser dans le délai fixé par le cahier des charges, six semaines en Afrique Occidentale, le prix d'adjudication et des frais. Il est ensuite remis à l'adjudicataire aux fins d'inscription, la grosse du jugement ou le procès-verbal d'adjudication.

L'inscription du jugement purge tous les privilèges ou hypothèques et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix (art. 70 à Madagascar, 80 en Afrique occidentale). Seule la purge prévue en cas de vente volontaire est proscrite, mais non en matière de vente forcée.

La solution est d'ailleurs la même en Tunisie. Après l'adjudication, l'acquéreur est en droit de solliciter la radiation des hypothèques inscrites, même si le prix d'adjudication n'est pas suffisant pour désintéresser tous les créanciers (102).

Le nouveau texte de Madagascar a été complété en s'inspirant des dispositions du décret du 26 juillet 1932 pour l'Afrique occi-

(98) Cour Suprême du Sénégal, 8 mai 1965, Pen. 1907, p. 502 : « En l'absence de requête le tribunal n'est pas saisi du dire. »
(99) C.M., 1er mai 1934.
(100) C.M., 17 mars 1945.
(101) Dakar, 8 juillet 1932, Dar 1933, 22.
(102) C.A., Tunis, 1er mars 1961.

dentale en ce qui concerne la surenchère, l'adjudication par ministère d'un notaire commis au cas où il en a été convenu et surtout la distribution du prix, toutes matières qui ne semblent pas avoir donné lieu à des difficultés particulières.

III. — La prescription

216. — Il était jusqu'à ces derniers temps unaniment admis que la prescription ne pouvait faire acquérir aucun droit réel à l'encontre du propriétaire inscrit, ni amener la disparition d'aucun des droits réels inscrits sur le titre de propriété. Le législateur avait d'ailleurs pris le soin d'en poser le principe en Tunisie d'abord, en 1892, en abrogeant le titre XIII de la loi foncière qui concernait la prescription et la possession, au Maroc en l'article 63, en Afrique occidentale en l'article 82, en Indochine en l'article 168 et à Madagascar en l'article 72 du décret de 1911. L'origine de cette exclusion se trouve dans la loi prussienne de 1872 dont l'art. 6 disposait « La prescription n'a pas lieu à l'encontre du propriétaire inscrit. »

Le refus d'accorder un effet quelconque à la prescription tant acquisitive qu'extinctive n'est qu'une application du principe de base du système des livres fonciers « pas de droit sans inscription ». C'est l'inscription qui sous l'empire des livres fonciers, établit et consolide le droit de propriété. Le législateur a voulu proscrire toutes les causes occultes d'acquisition ou d'extinction des droits réels. Admettre l'existence d'une propriété clandestine paraissait devoir affaiblir la valeur des livres fonciers et en diminuer l'autorité (103).

A la vérité, il semble que l'on se soit quelque peu mépris sur la portée que pourraient avoir les effets de la prescription sur le principe de la foi publique due au livre foncier et la crainte en l'admettant de voir ressusciter des droits occultes qui puissent prévaloir contre des droits inscrits, n'était peut-être pas fondée.

Si l'on admet en effet que les droits acquis par la prescription peuvent faire l'objet d'une inscription et que les droits des tiers sont sauvegardés jusqu'à cette inscription, le principe est sauf et la foi reste entière dans les livres fonciers.

Le maintien de la prescription dans ces conditions offre des avantages indéniables. Déjà, lors de la discussion du projet de la Commission du cadastre, certains juristes, manifestant une remarquable clairvoyance, avaient attiré l'attention des membres de cette commission sur le danger que pouvait présenter l'abolition de la

(103) La Commission de cadastre avait été hostile en majorité aussi au projet de l'admission de la prescription comme mode d'acquisition de la propriété foncière. Elle y avait vu une atteinte portée à l'adage : « En matière immobilière, inscription vaut titre. » « On n'accouple pas l'eau et le feu. » Werms, *P.V. Commission du Cadastre*, t. II, p. 635. Si l'inscription a une valeur elle l'a tirée de la publicité qui y est attachée et de la certitude qu'elle donne « Morte la bête de la clandestinité, mort aussi le service de la prescription. »

prescription, en prévision de situations où les faits seraient en contradiction avec l'écriture matérielle du registre. Notamment en cas d'absence ou de disparition du propriétaire, il semble normal que la situation se régularise au profit de celui qui a possédé pendant trente ans. « Je suis très convaincu que la propriété foncière emporte avec elle des obligations, qu'elle se justifie en partie par les soins que le propriétaire donne à la terre et je ne vois aucun inconvénient sérieux à transférer la terre de celui qui l'abandonne à celui qui la cultive. » (104)

Le législateur de l'Afrique occidentale a appliqué ces principes, mais dans un domaine limité, en décidant que les immeubles abandonnés pendant trente années consécutives par ses occupants légitimes seraient considérés comme vacants et incorporés au domaine de l'Etat (art. 82), mais non sans prendre bien soin de préciser « que l'indue occupation par un tiers ne justifiant d'aucun titre, n'interrompt pas cette prescription », ce qui limite le bénéfice de la prescription acquisitive au profit de l'Etat seul. Les mêmes dispositions sont en vigueur au Cameroun (décret du 30 janvier 1964 reprenant les dispositions de l'article 73 du décret du 21 juillet 1932).

Ces mesures limitées ne résolvent pas la question de la contradiction du fait et du droit. Et pourtant le danger est plus grand encore dans les pays d'outre-mer où la mise à jour des livres fonciers est rendue plus difficile par l'ignorance des populations du fonctionnement du régime foncier ; les décès ne sont pas dénoncés au conservateur, les mutations ne sont pas inscrites par oubli ou pour toutes autres causes, il en résulte des situations de fait qui se prolongent pendant de longues années et il se crée à côté de la propriété officielle, une propriété clandestine, dégradée, « mor ganatique », en marge de celle-ci et qui tend à s'étendre. La situation a été dénoncée par beaucoup de techniciens (105) et l'on peut prévoir dans un avenir prochain le moment où des difficultés inextricables surgiront du défaut de concordance entre les livres fonciers et la réalité.

La Tunisie s'est trouvée aux prises avec cette grave difficulté. Pour la résoudre, le décret du 25 février 1964 en instituant une conservation de la propriété foncière a chargé le conservateur de procéder à la mise à jour des titres et de prendre à cet effet l'initiative de toute mesure qu'il estime utile et a donné mission, à titre transitoire, au tribunal immobilier qu'il institue, soit d'office, soit à la demande de tout intéressé de procéder à la mise à jour des titres fonciers : « Il examine la situation juridique et matérielle des immeubles immatriculés, reconstitue la chaîne des mutations

(104) *P.V. Commission du cadastre*, Bufnoir, t. II, p. 656.

(105) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 176 ; Birot, *Immatriculation foncière en Tunisie et au Maroc*, p. 39, 45 et Doubliez, *op. cit.*, p. 145, note 4.

dont ces immeubles ont fait l'objet et procède aux apurements nécessaires. Il a dans l'accomplissement de cette mission les pouvoirs les plus étendus. La procédure instituée est entièrement gratuite. » Mais il est à craindre que ces mesures ne soient pas suffisantes pour atteindre les buts qu'elles se proposent et, en l'absence de prescription, pour remettre en ordre les titres abandonnés.

C'est à Madagascar que revient le mérite d'avoir instauré la prescription comme mode d'acquisition et d'extinction des droits, en matière d'immatriculation, à l'occasion de la refonte de son régime foncier.

Pour y parvenir sans porter atteinte au principe fondamental de la publicité, le texte prévoit qu'une inscription préalable doit consacrer les droits résultant de l'acquisition ou de l'extinction par voie de prescription (art. 82). A cet effet, un jugement doit être pris qui constate l'accomplissement de la prescription contre le propriétaire ou le titulaire d'un droit réel inscrit ; la prescription n'est opposable qu'à dater de l'inscription ou de la radiation ordonnée en justice, sauf les effets de la prénotation.

L'acquisition par prescription est subordonnée à deux conditions :

1° Une occupation d'une certaine durée, vingt ans pour les Malgaches et trente ans pour les étrangers, cette discrimination suivant l'origine de l'occupant est en contradiction avec la réputation d'hospitalité du peuple malgache.

Ce délai est réduit à dix années à compter du permis administratif de construire, en cas de simple empiètement d'une construction sur la limite du fonds voisin immatriculé, sur une profondeur d'un mètre au plus. Disposition heureuse qui permet de mettre un terme à certaines procédures antérieures abusives.

La prescription de l'hypothèque, par contre, est de trente ans à partir de la date de son inscription, sans préjudice de l'extinction de la créance garantie par la prescription qui lui est propre.

2° Cette occupation est insuffisante à elle seule, si elle n'est accompagnée d'une mise en valeur effective et durable, judiciairement constatée.

Les pays soucieux de la bonne tenue de leur conservation foncière seront amenés à s'inspirer de l'initiative prise par le législateur malgache. Elle contribuera à assainir la situation foncière de leur territoire.

Cependant la mesure adoptée est insuffisante pour l'apurer totalement, elle devrait être complétée par l'instauration de pouvoirs spéciaux dévolus aux conservateurs et aux juridictions spécialisées en vue de leur permettre de procéder, au besoin d'office, à la mise à jour des livres fonciers. Il serait vain pour atteindre ce but de compter sur la seule initiative des particuliers, surtout si elle est subordonnée à l'existence d'une prescription acquisitive judiciairement constatée.

IV. — La possession

Effet de la possession d'un immeuble immatriculé.

217. — Mise à part la situation particulière de Madagascar dont il vient d'être traité, sous le régime des livres fonciers, la possession cesse d'être un mode d'acquisition de la propriété foncière ou de ses démembrements. Elle ne peut produire à l'encontre de celui à qui elle est opposée des effets juridiques contraires au droit qu'il tient d'un titre immatriculé.

La jurisprudence a eu, maintes fois, à faire application de ce principe. C'est ainsi qu'a été repoussée la demande de légataires tendant à se prévaloir de la prescription acquisitive pour s'opposer à une action en pétition d'hérédité exercée sur un immeuble immatriculé (106), un voisin ne peut davantage prétendre avoir acquis une servitude de vue par prescription trentenaire (107), la prescription ne peut être exercée même en vertu d'un titre administratif, un acte transactionnel signé avec l'administration et le bénéficiaire du titre régulier d'immatriculation peut contraindre les détenteurs de l'immeuble à vider les lieux et à supprimer les constructions par eux édifiées (108).

Actions possessoires.

218. — Aucune action possessoire ne peut être intentée contre le propriétaire d'un immeuble immatriculé, la possession utile d'un immeuble appartenant à celui qui est mentionné sur le titre foncier, toute autre possession est dépourvue du caractère utile qui est nécessaire pour servir de base à une action possessoire (109).

A vrai dire, cette conception doit être révisée en ce qui concerne maintenant Madagascar puisque la possession utile susceptible d'amener à la prescription acquisitive y est maintenant reconnue. L'occupant qui met en valeur l'immeuble peut désormais voir sa possession protégée contre les entreprises de tous ceux qui ne sont pas inscrits au livre foncier.

---

(106) C.M., 30 avril 1941.
(107) C.M., 17 mars 1937.
(108) Dakar, 20 mai 1911, Dar 1911, 245.
(109) Req., 10 mars 1931, D.H. 1931, 201 ; D.P. 1932, I, 71.

CHAPITRE II

LA PUBLICITE

La publicité des droits immobiliers est réalisée à l'aide d'une inscription sur les livres fonciers qui sont accessibles au public. Cette inscription est rédigée par le conservateur. Elle relate l'existence d'un droit ou d'une charge acquis en vertu d'actes faits selon certaines normes. L'inscription prise produit des effets à l'égard des tiers.

Section I

Le domaine de la publicité

Tous les droits réels immobiliers sont en principe soumis à l'inscription. Ce principe général est partout observé. Toutefois, à raison de leur nature, certains droits réels sont dispensés de la formalité. De même, en principe, les droits personnels sont exclus de la formalité, cependant certains droits personnels, limitativement énumérés, sont soumis à l'inscription à raison de leur importance, ils affectent en effet la valeur de l'immeuble, et dans ces conditions, il est indispensable que les tiers soient avisés de leur existence.

I. — Les droits réels immobiliers

La publicité des droits réels immobiliers est la règle, mais il existe des cas litigieux et des exceptions.

A. — Le principe :

Tous les faits et actes qui intéressent les droits immobiliers doivent être publiés.

219. — A la différence du système français (*supra,* n° 4) les législations outre-mer qui ont adopté l'immatriculation foncière, soumettent à l'inscription, d'une manière générale, tout ce qui a trait à l'existence et aux conditions d'existence des droits réels immobiliers (1), sans procéder à l'énumération de ces actes (2). Le législateur marque ainsi sa volonté de faire disparaître toutes les charges et droits occultes sur la propriété. Le texte le plus explicite à cet égard est celui de Madagascar qui prescrit l'inscription de « tous faits, actions, conventions ou sentences ayant pour effet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit immobilier, d'en changer le titulaire ou de modifier les conditions de son existence » (art. 27 du décret du 3 octobre 1960).

a) Les faits.

220. — Les faits doivent être inscrits dans la mesure où ils intéressent l'existence ou les conditions d'existence d'un droit réel ou d'une charge. Ainsi dans les pays où la loi foncière n'a pas reconnu d'hypothèque au profit de la masse, en Tunisie, au Maroc, précédemment à Madagascar, la faillite ou la liquidation judiciaire apparaît comme un fait qui crée une situation d'indisponibilité des immeubles du failli ou du liquidé, le jugement de faillite ou de règlement judiciaire doit être inscrit (*supra,* n° 201).

Peut encore être inscrite, dans cet ordre d'idées, une servitude d'enclave pour évacuer les eaux usées (3).

Mais il faut que le fait ait une influence sur l'existence du droit réel pour être soumis à l'inscription. Ainsi, l'exigence de la publication d'une action personnelle comme l'action « quanti minoris » de l'article 1641 du Code civil exercée par un acheteur invoquant l'action en réduction pour vices cachés, pour repousser une demande en paiement du solde du prix, ne peut se justifier (4). L'action s'agite en effet entre les parties à l'acte et à ce titre l'inscription est indifférente et d'autre part il s'agit là d'une action personnelle n'affectant en rien la situation juridique de l'immeuble.

b) Les conventions.

221. — Ce sont toutes les conventions qui ont trait à l'existence ou aux conditions d'existence d'un droit réel immobilier : vente, donation, échange, constitution d'usufruit, d'hypothèque, etc.

Ainsi, en l'absence d'inscription d'un acte de donation d'im-

(1) Tunisie art. 343, Maroc art. 65, Afrique occidentale art. 131, Madagascar art. 27.

(2) Guyenot, « La valeur du nouveau système français de publicité des mutations immobilières », J.C.P. 1958, n° 1435.

(3) C.A.M. n° 244 du 27 juillet 1960.

(4) C.M., 26 mai 1909, Pen. 1910, 138.

meuble le donataire ne peut qu'en réclamer la valeur au cas où l'immeuble a été revendu, si cette seconde vente a été inscrite (5).

c) Les actions (renvoi *infra,* n° 292 et suiv.).

B. — Les cas particuliers

Doit-on inscrire les droits conditionnels et les modifications dans la consistance des droits réels immobiliers ?

Les droits conditionnels.

222. — L'inscription ne peut être prise que si elle intéresse des droits réels nés et actuels existant sur l'immeuble. Des droits éventuels, de simples expectatives ne peuvent, en principe, faire l'objet d'une inscription. Le conservateur se doit de refuser l'inscription de droits qui ne sont reconnus que sous condition, par exemple en fonction des opérations aléatoires d'un partage (6).

C'est pourquoi l'inscription de droits cédés sous condition résolutoire est permise, car le droit existe s'il peut être anéanti mais non pas l'inscription de droits sous condition suspensive, qui restent aléatoires. Il est vrai que l'on peut soutenir qu'il n'y a pas de propriété foncière sous condition résolutoire sans propriété sous condition suspensive, en sorte que le droit conditionnel est un droit à deux faces, mais c'est la face du droit réel que peut seule refléter le titre foncier et non la face du droit personnel (7). Cependant en Tunisie, un texte a autorisé la prénotation des cessions de droits réels consentis sous condition suspensive ainsi que des promesses de vente (8). En France d'ailleurs le décret du 4 janvier 1955 (art. 28) a prescrit la publication de tous les actes assortis d'une condition suspensive.

Outre-mer, l'inscription des droits conditionnels a posé un problème délicat, mais d'une grande importance pratique, puisque de sa solution dépend l'avenir de nombreuses entreprises. Des concessions provisoires sont en effet souvent accordées aux particuliers, sous réserve de mise en valeur. Or les titulaires de ces concessions ont le plus souvent besoin de crédit pour remplir leurs obligations, mais le caractère conditionnel de leurs droits ne leur permet pas d'offrir en gage leurs terres aux prêteurs. Pour résoudre la difficulté au Gabon, un texte a été récemment pris (9). Il prévoit que l'hypothèque résultant d'une promesse consentie pour garantir un prêt accordé en vue de réaliser la mise en valeur d'un terrain

(5) En ce sens Rabat, 17 octobre 1946, R. 1947, 37.
(6) Comp Rabat, 12 février 1943, G.T.M., 29 mai 1943, 85.
(7) Comp Rabat, 3 juillet 1937, IX, 480.
(8) Décrets du 13 septembre 1934 et du 4 juillet 1935 modifiant l'art. 53 de la loi foncière repris dans l'art. 366 du Code des droits réels.
(9) Loi du 8 mai 1963 fixant le régime foncier art. 60.

concédé à titre provisoire prend rang après la date du dépôt de l'acte contenant la promesse inscrite à un registre public spécial tenu par le conservateur. Le permis d'occuper comme l'obligation de mise en valeur contiennent la reconnaissance implicite d'un droit de superficie, droit réel immobilier susceptible d'hypothèque.

Cette solution permet au bénéficiaire de la concession d'hypothéquer le bien, mais la garantie du créancier reste aléatoire puisqu'elle dépend de la mise en valeur : si cette mise en valeur n'est pas realisée, la propriété n'est pas accordée et le gage s'évanouit.

Au Gabon, les prêts sont, il est vrai, consentis par la Banque gabonaise de développement qui surveille de très près l'exécution de l'obligation de la mise en valeur et ne débloque les crédits qu'au fur et à mesure de l'avancement des travaux. En outre, la Banque prend soin d'inclure dans le contrat de prêt une clause aux termes de laquelle, en cas de non paiement, l'emprunteur lui donne la faculté de se faire transférer la concession provisoire (10). Il est certain qu'un tel mode de garantie ne peut être étendu que sous réserve d'un contrôle extrêmement sévère.

Modification dans la consistance des droits réels immobiliers.

223. — Lorsque le propriétaire d'un fonds cède à un tiers soit des produits immobilisés sur le fonds, en vue de leur mobilisation, soit des fruits provisoirement immobilisés, l'acquéreur de ces biens doit-il pour rendre son droit opposable à un acquéreur du fonds ou à un créancier saisissant faire inscrire son droit au livre foncier ? La question est délicate et il n'existe pour ainsi dire pas de cas d'espèce dans les pays où le régime des livres fonciers est en vigueur. Les principes généraux peuvent seuls apporter des solutions.

Il convient de distinguer les produits et les fruits.

a) Les produits.

224. — Les produits proviennent de concessions de matériaux à extraire (lorsqu'ils ne relèvent pas de la législation minière) ou de coupes de futaies non aménagées, c'est-à-dire de ventes de forêts.

En ce qui concerne les concessions de matériaux à extraire, l'opération présente un double aspect : entre parties elle constitue une vente de meubles par anticipation, par contre, à l'égard des tiers, c'est une vente immobilière, car cette vente comporte une aliénation partielle du sol diminué dans sa masse et dépouillé irrévocablement de ce qui lui donnait sa valeur, l'inscription nous

(10) Depuis l'institution de cette hypothèque environ trois cents prêts sont accordés annuellement (renseignements fournis par le Conservateur de la propriété foncière de Libreville).

paraît donc s'imposer. En France d'ailleurs, il a été jugé : que « la mobilisation anticipée ne saurait prévaloir à l'égard des tiers contre la nature des matériaux à extraire, faute d'avoir été transcrite avant la transcription de la saisie » (11). Cette solution s'impose d'autant plus outre-mer, que les textes fonciers ainsi que nous l'avons vu (*supra,* n° 219), sont beaucoup plus compréhensifs que les textes français.

En ce qui concerne les couples de futaies non aménagées, la vente de maisons à démolir, la nécessité de l'inscription paraît encore devoir s'imposer à raison de la généralité des textes fonciers outre-mer, il s'agit là en effet d'une convention qui modifie un droit immobilier, c'est une vente immobilière à l'égard des tiers.

Si, en France, la jurisprudence reste incertaine (12), par contre la Cour d'appel de Madagascar s'est prononcée en ce sens, en ce qui concerne la cession d'un droit d'extraction de pierres pendant cinq années renouvelable par tacite reconduction ; ce droit non inscrit, n'est pas opposable à l'acquéreur de l'immeuble et le concessionnaire doit évacuer les lieux (13).

b) Les fruits.

225. — Les ventes de récoltes sur pieds ou de fruits non encore cueillis doivent-elles être inscrites ?

Là encore, on peut, comme pour la vente des produits, faire le même raisonnement et exciper de la double nature de la vente de ces biens : vente mobilière entre parties, car celles-ci envisagent les biens par avance dans le contrat ; vente immobilière à l'égard des tiers, car ces biens restent immeubles par nature, tant qu'ils n'ont pas été détachés du sol (art. 520 du Code civil), et décider que la vente doit être inscrite.

A la vérité, il nous semble cependant, que ce serait là dépasser l'esprit de la loi foncière qui a entendu garantir l'existence de droits présentant un caractère de fixité certain ainsi qu'une importance indéniable ; rien n'implique que les textes aient entendu soumettre à la publicité foncière la vente de fruits ou de récoltes qui n'a que le caractère d'un simple acte d'administration, au surplus périodique ; de telles ventes ont toujours été considérées comme des ventes mobilières.

Par ailleurs, lorsque le législateur estime nécessaire de publier un acte intéressant des fruits, il ne manque pas de le faire (baux de longue durée, saisie de loyers (*infra,* n° 229), cessions de loyers).

---

(11) Voir Req., 24 mai 1909 et note Loynes-Montpellier, 23 octobre 1923 et note Ripert. Civ., 28 novembre 1949, D.H. 1950, 38.

(12) Civ., 2 juin 1934, D.P. 1935, I, 65 et la note Fréjaville favorable à la transcription, mais contra Dijon, 28 mars 1876, D.P. 1878, 2, 261 et note Lyon-Caen ne reconnaissant, à son regret, à l'acquéreur d'une coupe de bois qu'un droit personnel.

(13) C.M., 1er septembre 1955.

Enfin, en décidant que la saisie de l'immeuble immobilise celui-ci et ses revenus dans les conditions prévues aux articles 682 et 685 du Code de procédure civile (*supra*, n° 211) à Madagascar et en Afrique occidentale, le législateur a entendu se référer à l'interprétation donnée par la jurisprudence française de ces articles, or celle-ci admet notamment que la saisie brandon est opposable au créancier saisissant sans transcription ainsi qu'à l'acquéreur de l'immeuble, lorsqu'elle est établie avant la saisie immobilière. La saisie-brandon, saisie mobilière, n'a donc pas à être inscrite.

C. — Les exceptions :

Droits réels exceptionnellement dispensés d'inscription

226. — A raison du caractère très général des dispositions qui prescrivent l'inscription des droits réels immobiliers, les dispenses exceptionnelles de publicité de certains de ces droits ne peuvent être que le fait du législateur, à cet égard on peut citer :

1° Les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux et d'obligations légales. Cette dérogation se justifie d'abord par la faible importance des droits en cause et par le fait aussi que les servitudes légales et les servitudes naturelles ne sont pas à proprement parler de véritables servitudes, elles constituent le droit commun, le régime légal de la propriété. Les dispositions légales qui les régissent peuvent être invoquées comme un titre permanent, indépendamment de toute inscription. La publicité de la nature et de la loi remplacent ici la publicité scripturale, on a pu dire que « le fonds qui n'est pas grevé d'autres servitudes, doit être considéré comme libre de toute servitude ».

Ces servitudes existent indépendamment de toute inscription. Elles sont en dehors de la réglementation foncière et restent soumises au droit commun.

Cependant, dès que la mise en œuvre de cette servitude donne lieu à une convention ou à une décision judiciaire, qu'elle ait pour objet d'en fixer l'assiette ou le mode d'exercice ou qu'elle ait trait aux indemnités qui peuvent en résulter, l'inscription sur les livres fonciers devient nécessaire. Il en est ainsi, notamment de la servitude de passage en cas d'enclave, lorsque, sur la demande du propriétaire du fonds grevé, elle a été déterminée. Le tiers acquéreur du fonds grevé serait en droit de rejeter ce règlement en l'absence d'une publicité qui lui aurait permis de le connaître antérieurement à son acquisition.

Les inscriptions relatives aux servitudes foncières doivent indiquer le fonds servant sur le titre du fonds dominant et réciproquement (14). En fait, l'application de cette règle se heurte à de

(14) Tunisie art. 368, Congo art. 66 Madagascar art. 45 dt 23 décembre 1960.

grandes difficultés pratiques dans les pays, qui sont d'ailleurs en très grande majorité, où l'immatriculation est facultative ; il est fréquemment impossible d'assurer la concordance des inscriptions sur les deux fonds, lorsqu'un immeuble est immatriculé et l'autre ne l'est pas. Aussi, la règle tend-elle à s'établir de n'ordonner que l'inscription des servitudes passives sur le fonds servant en Tunisie (15) et au Maroc. Cette solution était d'ailleurs préconisée par la Commission du cadastre (art. 5 du projet). Cependant maintenant que l'immatriculation est devenue obligatoire en Tunisie et qu'il va être procédé à l'immatriculation des terres par des opérations d'ensemble, la difficulté pratique va pouvoir être surmontée.

2° Le privilège des frais de justice et des droits du Trésor (*supra*, n° 197).

3° Les portions du domaine public englobé (*supra*, n° 50).

4° Les tombeaux à Madagascar (*supra*, n° 52).

5° Les immeubles par destination (*supra*, n° 179).

II. — Les droits personnels

L'inscription des droits personnels comporte un principe et des exceptions.

A. — Le principe

227. — Tout ce qui est relatif à des droits personnels se rattachant à l'immeuble est exclu de la formalité. Telle est la règle générale. Des difficultés se sont élevées en ce qui concerne certains droits personnels qui intéressent l'immeuble :

a) Le droit de chasse. Le droit de chasse qui n'est ni un droit d'usage, ni un démembrement de la propriété, ne doit pas être inscrit, selon nous.

b) Le droit au renouvellement d'un bail commercial créé par la loi du 30 juin 1926. Le droit au renouvellement d'un bail commercial n'a pas à être inscrit, car ce n'est pas un droit réel et il ne rentre pas non plus dans les charges énumérées par les textes fonciers et dont la publicité est requise. En fait, le droit au renouvellement du bail commercial est légal.

c) La promesse unilatérale de vente : la promesse unilatérale de vente d'un immeuble est un simple engagement personnel qui ne confère qu'un droit de créance (17), l'acte à inscrire est uniquement celui qui concerne le transfert de droit, mais la promesse de vente n'a pas à être inscrite, car elle ne crée qu'un droit personnel immobilier (18), pas plus que le droit de préférence accordé

(15) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 429.
(16) Rabat, 5 décembre 1923, II, 457 ; Rabat, 27 avril 1950, 1951, 2.
(17) Cass., 10 avril 1948, J.C.P. 1948, n° 4403 et note Becqué.
(18) Civ., 26 mai 1908, D.P. 1909, I, 425.

à un tiers en cas de vente, car il ne concerne aucun droit né et actuel (19), ni que la vente d'option pour la même raison malgré son caractère synallagmatique (20).

Au Maroc, cependant le bénéficiaire d'une promesse de vente peut requérir une prénotation pour la conservation de son droit, car l'article 85 du dahir foncier prévoit que quiconque prétend à un droit sur un immeuble immatriculé peut requérir une prénotation (21).

En Tunisie, les décrets du 13 septembre 1934 et 4 juillet 1938 en modifiant l'article 53 de la loi tunisienne ont autorisé également la prénotation des promesses de vente et des constitutions et cessions de droits réels consenties sous condition suspensive. Cette prénotation a été maintenue par l'article 366 du Code des droits réels.

En France, à l'occasion de la réforme du système foncier la publicité de promesses unilatérales de vente et de bail de plus de douze ans, a été autorisée dans le but de donner un tableau d'ensemble aussi exact que possible de la propriété foncière. Mais, il importe de le souligner, la publicité ne modifie pas le caractère personnel des droits résultant de ces promesses et ne les rend pas opposables aux tiers, ceux-ci sont seulement avertis de leur existence (art. 37). Il en est de même des conventions relatives aux servitudes légales, à la différence de la solution admise par les livres fonciers.

A vrai dire, la promesse de vente pourrait être assimilée à une modification du droit de disposition du propriétaire puisqu'elle peut s'analyser en une restriction du droit de disposer (art. 69 du dahir foncier), et comme telle être inscrite sur le titre foncier.

d) Locations-ventes.

Dans le but de favoriser les locations-ventes dans les pays neufs, en Tunisie (art. 372) et à Madagascar (art. 55 du décret du 23 décembre 1960), le texte foncier prévoit l'inscription du droit concédé au locataire ou à l'emphytéote d'acheter le fonds ou de renouveler le bail.

B. — Les exceptions

Droits personnels exceptionnellement soumis à l'inscription.

228. — Il s'agit de certains droits personnels que les textes fonciers « réalisent », car ils imposent à la propriété une charge

(19) Rabat, 29 nov. 1943, Gaz. des trib. Maroc, 25 mai 1946, 87.
(20) Rabat, 3 juillet 1937, G.T.M., 5 novembre 1937, 289.
(21) Civ., 1er février 1954, J.C.P. n° 8141 et notre note. Dakar, 14 avril 1922, Dar 1922, 86.

susceptible de diminuer la valeur de l'immeuble qu'ils concernent et les tiers ont intérêt à les connaître : baux excédant trois années de loyers, cession ou quittance de loyers d'une certaine importance, l'énumération est limitative.

a) Baux excédant trois années.

229. — Les baux supérieurs à trois années doivent être inscrits pour être opposables aux tiers acquéreurs et aux créanciers hypothécaires, faute d'inscription les locataires risquent d'être expulsés par le nouveau propriétaire. Ainsi le titulaire d'un bail commercial ne peut prétendre au renouvellement de son bail en application de la législation sur les baux commerciaux, si ce bail n'a pas été inscrit (22).

Par contre, lorsque ces baux sont inscrits, ils sont opposables pour toute leur durée aux tiers acquéreurs et aux créanciers hypothécaires qui n'ont pris inscription que postérieurement à l'inscription des ces droits, et même si le bail n'a acquis date certaine qu'après l'aliénation ou la constitution d'hypothèque (23).

La question se pose au cas où le bail de plus de trois ans n'a pas été inscrit de savoir pour quelle durée il sera opposable à l'acquéreur dont le titre a été inscrit.

Un arrêt estime que le bail de plus de trois ans qui n'a pas été inscrit, est non avenu à l'égard du tiers acquéreur pour le tout, et n'est pas simplement réductible à une période de trois années pour laquelle il est seulement exempt d'inscription (24).

Nous ne partageons pas cette manière de voir. Il est en effet paradoxal d'admettre que celui qui a un bail de longue durée soit traité plus rigoureusement que celui qui n'en a pas. Le preneur qui n'a pas fait inscrire son bail de longue durée, doit pouvoir l'opposer au moins pour trois ans à l'acquéreur dont le titre a été inscrit, sous réserve bien entendu que le bail ait acquis date certaine avant la vente. Le tiers acquéreur ne peut agir en effet que dans la limite de ses intérêts et la loi ayant considéré que les baux de trois ans ne constituaient pas une charge entraînant la dépréciation de l'immeuble, l'acquéreur doit supporter le bail pour une durée n'excédant pas trois ans (25).

Ce premier point tranché, une autre question se pose : à compter de quelle date va courir ladite période de trois ans ?

Une jurisprudence très ferme décide que le bail ne peut être maintenu pour un durée de trois ans que pour la période de bail

(22) Léris, *Revue Marocaine de droit*, 1953, p. 398. Civ., 13 janvier 1953, Sir. 1953, I, 161 et note Léris.

(23) En ce sens Flandin, *De la transcription*, t. II, n° 1262.

(24) C.M., 11 avril 1906.

(25) En ce sens C.M. 4 avril 1945, Dakar, 1er février 1929, Dar 1929, 171, Pen. 1929, 235.

restant à courir à compter de la date de l'inscription de l'acte l'aliénation, en tirant argument de la lettre du texte (26).

Cette jurisprudence ne nous paraît cependant pas fondée. La durée de trois ans ne devrait pas être abrégée par l'inscription de l'acte d'aliénation, mais devrait être calculée à compter de la date de cette inscription : en effet, lorsque le locataire a un droit acquis à un bail de longue durée et au renouvellement des périodes l'acquéreur ne peut y porter atteinte que dans la limite où ses droits sont garantis par le texte foncier, or cette garantie n'est donnée que contre les baux de plus de trois années (27).

Mais doit-on inscrire la cession de bail et la sous-location ?

La cession de bail et la sous-location.

230. — Les textes fonciers ne prévoient l'inscription du changement de titulaire qu'en ce qui concerne les droits réels immobiliers. La cession d'un bail n'est qu'une cession de créance. Il nous apparaît donc qu'il suffit pour la rendre opposable aux tiers de la signifier au bailleur conformément aux dispositions de l'article 190 du Code civil ou autres dispositions analogues. La personnalité du locataire ou du cessionnaire paraît sans grand intérêt pour l'acquéreur ou le créancier (28). C'est donc à tort qu'un arrêt a pu décider que la cession d'un bail de plus de trois ans doit être notifiée au bailleur non d'après les règles du Code civil, mais suivant la procédure du décret foncier (29).

b) Cession ou quittance d'une somme équivalente à des loyers ou fermages non échus.

231. — Au Maroc, en Tunisie, en Afrique occidentale, les cessions de loyers et de fermages non échus de plus d'une année doivent être inscrits pour être opposables aux tiers (30), à Mada-

(26) Req., 20 novembre 1940, R.A. 1941, II et la note J.C.P. 1941, II, 452 et la note Becqué. D.C. 1942, 49 et la note Rodière. Cass., 13 janvier 1953, Sir. 1953, I, 161 et la note Léris. *Rev. Maroc. du droit,* 1953, p. 256 et la note Léris et Minvielle. Le législateur marocain est intervenu et a modifié l'art. 68 : la durée de trois ans est calculée à compter de l'inscription des actes (d 25 août 1954). V. Léris et Minvielle, R.M.D. 1955, p. 446.

(27) Comparez Cass., 29 décembre 1947, J.C.P. 1948, 4131 en ce qui concerne la délégation de loyers non échus, assimilable à des cessions de loyers à venir, déclaré opposable pour une durée de trois ans moins un jour à partir de la transcription de la saisie immobilière pour le motif, écrit Cavarroc rapporteur annotateur, que la transcription de la saisie marque l'emprise des créanciers inscrits sur le gage et les oppose à ce moment précis aux droits concurrents du cessionnaire. Dans le même sens, Weill, *Dalloz,* chr. 1949, 73 « La sanction du défaut de transcription pour les baux de plus de dix-huit ans. »

(28) Soulmagnon, *op. cit.,* n° 447.

(29) C.M., 2 avril 1910, Pen. 1911, 27.

(30) Maroc (a 65) Tunisie art. 343, Afrique occidentale a 131, Madagascar a 27 du décret.

gascar, comme en France, la cession de loyers n'est inscrite que lorsqu'elle dépasse trois années. Ce sont des actes assez insolites, couvrant parfois des prêts usuraires et qui peuvent nuire à l'acquéreur ou au créancier hypothécaire, il est bon qu'ils en soient avisés. Leur protection est plus étroite ailleurs.

c) Délégation de loyers non échus.

232. — Malgré le caractère restrictif et limitatif des textes fonciers, la délégation de loyers non échus lorsqu'elle dépasse un an ou trois, suivant les pays, consentie par le propriétaire de l'immeuble et acceptée par ses locataires, doit être inscrite. Elle est en effet équivalente à une cession de loyers proprement dite car elle entraîne pour le propriétaire la même diminution éventuelle de gage immobilier (31).

d) La saisie-arrêt de loyers.

233. — La saisie-arrêt lorsqu'elle porte sur plus d'une année ou de trois suivant les pays doit être inscrite pour être opposable aux tiers pour les mêmes raisons que nous estimons nécessaire d'inscrire la délégation de loyers non échus. La jurisprudence est en sens contraire en France et même outre-mer (32). Cependant la plupart des textes fonciers assimilent aux écrits soumis à l'inscription les décisions judiciaires en tenant lieu. Or d'après une doctrine que la Cour de cassation a maintes fois consacrée, le jugement de validité équivaut à un transport de créance, à une cession judiciaire des sommes saisies, en l'espèce des loyers ; le tiers saisi devient débiteur direct du saisissant (33), l'inscription de la saisie des loyers lorsqu'elle porte sur une certaine étendue nous paraît s'imposer à ce titre.

Section II

Le mode de publicité

L'acte qui sert de base à l'inscription doit être établi selon certaines formes, l'inscription elle-même doit être opérée en observant certaines règles, le cours des inscriptions n'est pas continu, certains événements peuvent l'arrêter.

1. — *La forme des actes à inscrire.*

Un écrit est exigé pour toute inscription, en principe, cet acte n'est soumis à aucune condition de formes, par contre son contenu

(31) Cass., 29 décembre 1947, précité.
(32) Comp Dakar, 22 avril 1938, Pen. 1939, 85.
(33) Dissertation Glasson note 1-2, D.P. 93, I, 25.

est nettement précisé ; l'inscription prise, les actes sont conservés soigneusement au rang des archives.

A. — Nécessité d'un acte préalable à toute inscription

234. — Le système des livres fonciers subordonne la validité de toute modification de la situation juridique d'un immeuble à un écrit ou à une décision judiciaire en tenant lieu. Un consentement verbal, une ratification tacite ou encore la prescription acquisitive lorsqu'elle n'est pas appuyée par une décision judiciaire, ne permettent pas de revendiquer un droit soumis à l'inscription. C'est donc à tort qu'un arrêt a reconnu la validité du legs d'un immeuble indivis fait par l'un des copropriétaires, en admettant à cette fin la ratification tacite des autres copropriétaires intéressés, en l'absence de leur consentement écrit à la donation (34).

Le système français subordonne aussi la publicité à l'existence d'un titre dont la copie puisse être déposée à la conservation des hypothèques.

L'exigence d'un écrit se justifie par la nécessité de donner une base solide à l'inscription ou à la publicité, afin qu'elle ne puisse facilement être remise en cause et aussi par la nécessité du contrôle que doit exercer le conservateur sur l'opération.

Les juridictions ont d'ailleurs qualité, en cas de mauvais vouloir de l'une des parties pour décider que le jugement ou l'arrêt prononcé vaudra titre. Ainsi, en cas de non respect d'une promesse de vente ou lorsqu'un débiteur s'est engagé au cas où il ne pourrait restituer la somme empruntée à une époque déterminée, à donner en garantie à son créancier un immeuble immatriculé et se refuse par la suite à tenir ses engagements, le juge peut intervenir pour condamner le débiteur à consentir la vente ou l'hypothèque promise (35).

B. — Libéralisme de la forme

235. — La caractéristique essentielle du système des livres fonciers en ce qui concerne la forme des actes à inscrire est un grand libéralisme. L'authenticité n'est pas en principe exigée, sauf dans des cas très particuliers, à raison de la gravité de l'acte, telle la renonciation ou la cession de l'hypothèque de la femme mariée (36).

La Commission du cadastre avait cependant préconisé à l'instar de bon nombre de législations étrangères, la forme authentique pour tous les actes destinés à être inscrits, comme offrant le plus de

---

(34) C.M., 14 mai 1926. Contra C.M., 30 avril 1941.

(35) C.M., 6 avril 1932, Pen. 1932, 271.

(36) Tunisie art. 378 du Code, Afrique occidentale art. 40, Maroc art. 174 du dahir de 1915, Madagascar art. 33.

garantie. A ce point de vue, le décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière en France prévoit que tout acte sujet à publicité doit être dressé en la forme authentique, afin d'en assurer la régularité (art. 4 du décret du 4 janvier 1955) (37).

Mais, outre-mer, le petit nombre de notaires qualifiés, l'intervention et le contrôle du conservateur, l'exemple de l'Australie où les inscriptions sont prises d'après les mentions portées dans les vides des imprimés qui sont remis pour chaque acte aux intéressés, avaient amené le législateur à renoncer à exiger un acte authentique.

Cependant depuis quelques années on assiste à un revirement : un retour à l'acte authentique se dessine. Il en est ainsi au Sénégal (décret du 8 février 1961), au Gabon (art. 48 de la loi du 8 mai 1963), en Côte d'Ivoire aussi (loi du 13 avril 1964). Les actes présentés sont souvent informes et d'autre part le nombre des notaires qualifiés a augmenté. A Madagascar, le texte nouveau exige la forme authentique pour les actes écrits établis hors de l'île seulement (art. 34).

Les législations qui n'exigent pas l'acte notarié, prescrivent la légalisation des actes sous seings privés. Le nouveau texte malgache prévoit d'une manière aussi détaillée que minutieuse la présentation et la légalisation des signatures sous seings privés (art. 32), le fonctionnaire chargé de la légalisation doit s'assurer non seulement de l'authenticité des signatures, mais de l'identité des signataires et de la liberté de leur consentement. Il en est de même en Tunisie (art. 378 du Code des droits réels) et au Maroc (art. 73).

La légalisation foncière n'est pas constitutive par elle-même de l'authenticité de l'acte, mais elle est la preuve écrite et légale de l'acte. Celui qui conteste la sincérité d'un acte sous seings privés légalisé doit donc s'inscrire en faux (38).

C. — Contenu des actes

236. — Tous les actes présentés à l'inscription, qu'ils soient authentiques ou sous seings privés, doivent indiquer d'une manière précise, le nom particulier d'immatriculation de l'immeuble et tous les éléments nécessaires à l'identification certaine des personnes physiques et morales intéressées : l'état civil, la capacité et le régime matrimonial adopté, la date du contrat de mariage s'il en a été fait un, pour les particuliers, l'énonciation des actes constitutifs pour les sociétés et autres institutions, jouissant de la personnalité, des nom ou raison sociale, nature et siège.

Ces mentions sont indispensables à l'exercice du contrôle du conservateur, ils permettent ensuite aux tiers d'identifier les titu-

(37) Les notaires connaissent les parties et sont renseignés ou peuvent l'être sur leur capacité mieux que le conservateur.

(38) C.A.M., 23 décembre 1959. C.A.M., n° 197 du 22 juin 1960.

laires des nouveaux droits (39) et de s'assurer qu'ils contractent à leur tour régulièrement.

Mais l'inobservation des formalités requises, si elle peut provoquer le rejet de l'inscription, n'affecte pas les rapports des parties (40).

D. — Conservation des actes

237. — Les actes présentés sous forme d'expéditions, d'ampliations ou de copies certifiées, sont reçus après un examen sommaire, mais le dépôt ne peut être considéré comme définitif qu'après un examen approfondi de sa régularité. Cette question sera étudiée au chapitre de la légalité.

Après examen, l'acte est inscrit sur le registre des dépôts dans l'ordre de réception. Le registre est coté et paraphé par un magistrat.

Tous les actes et écrits déposés et inscrits à la conservation foncière sont conservés dans les archives. Des copies authentiques faisant foi de leur contenu et de la date certaine de leur dépôt peuvent être délivrées à toutes réquisitions, aux parties et aux tiers.

En outre, le dépôt des actes aux archives de la conservation permet aux conservateurs de justifier en cas de contestation les inscriptions qu'ils ont faites. Il sert également aux inscriptions ultérieures.

2. — *La forme de l'inscription.*

Il convient de rechercher en quoi consiste l'inscription, dans quel délai elle doit être faite, s'il est possible de l'interpréter ou de la rectifier le cas échéant.

238. — L'inscription est une analyse sommaire, mais complète de l'acte déposé, à la différence de l'ancienne transcription française qui reproduisait l'acte intégralement. Elle doit comprendre l'énumération succincte de ses éléments essentiels et des clauses qui peuvent intéresser les tiers. Exceptionnellement, pour les clauses accessoires qu'il serait difficile de résumer sans risque de les détériorer ou qui sont trop longues, l'inscription se borne à un renvoi aux actes. Elle est datée et signée du conservateur.

C'est le conservateur qui dégage sous sa responsabilité les éléments inscriptibles. Il a le droit d'exiger des actes complémentaires les explicitant. Les inscriptions sont débarassées des écritures surabondantes et des dispositions qui n'intéressent que les parties.

---

(39) Tunisie art. 377 du Code des droits réels, Maroc art. 73, Afrique occidentale art. 132, Madagascar art. 28 du décret du 23 déc. 1960 qui s'est inspiré pour réglementer d'une façon fort complète les éléments d'identification des personnes morales des dispositions de l'art. 6 du décret français du 4 janvier 1955.

(40) Cass., 28 avril 1960 B. C.A.M., n° 25 du 25 janvier 1961.

L'inscription est expéditive, peu coûteuse, précise et se restreint à un petit nombre de mentions qui sont indispensables pour la détermination du droit.

En Australie, des imprimés sont mis à la disposition du public et il suffit aux intéressés de remplir les blancs.

Cette formalité ne permet aucun équipollent. Il s'agit là d'une véritable solennité et la connaissance que pourrait avoir un tiers du droit en dehors du livre foncier ne saurait en principe lui être opposée, fut-elle constatée par une signification, la commune renommée ou la notoriété publique elle même ne saurait y suppléer (*infra*, n° 250).

Du délai d'inscription.

239. — Aucun délai n'est prévu pour procéder à l'inscription d'un droit (41). Mais le titulaire qui tarde à faire inscrire son droit court un double risque :

Il peut d'abord se voir primer par l'inscription d'un autre, même si le droit de ce dernier est né postérieurement au sien.

En outre, il encourt le risque de voir des tiers dont les droits ne sont pas soumis à l'inscription, tels des créanciers chirographaires, arrêter le cours des inscriptions, soit par une saisie des immeubles de leur débiteur, dès le jour de l'inscription du commandement de saisie, soit par un jugement déclaratif de faillite à partir de l'inscription du jugement.

Une innovation de la loi gabonaise du 8 mai 1963, pratique, mais d'un fondement juridique discutable, car chacun est maître de ses droits, contraint les intéressés à prendre inscription dans le délai de trois mois de la date des actes à peine d'une amende civile de 5 000 F à la charge du bénéficiaire de l'inscription (art. 42), par mois de retard. En Côte d'Ivoire, la publication doit avoir lieu dans le délai de trois mois à peine d'un droit en sus (*supra*, n° 29).

Enfin, le titulaire d'un droit non inscrit ne peut en disposer puisque le conservateur est tenu avant toute inscription de s'assurer préalablement de l'existence de l'inscription du droit du disposant.

Interprétation et rectification de l'inscription.

240. — Lorsque les termes d'une inscription sont équivoques ou erronnés, ils peuvent être interprétés ou rectifiés.

C'est ainsi qu'en Tunisie, la publicité des droits de la femme commune en biens résulte suffisamment, d'après la jurisprudence

(41) Réserve faite au Maroc, où la jurisprudence applique aux demandes d'inscription la prescription extinctive de quinze ans prévue par l'art. 387 du Code des obligations pour toutes les actions naissant d'une obligation. Cass., 11 février 1959, B. 59, I, 73.

de l'inscription d'une acquisition à titre onéreux au nom du mari seul (42). C'est seulement au cas exceptionnel où l'un des conjoints acquiert à titre de propre qu'il convient de prévenir les tiers par une mention spéciale.

A Madagascar, le législateur a cru devoir consacrer cette solution, en l'article 123 de la nouvelle ordonnance organique : « A l'égard du mari, les droits de l'épouse sont établis par les règles régissant le régime matrimonial des époux, dès lors que ces renseignements résultent des énonciations de l'état civil du mari sur le titre foncier, le tout sans préjudice des droits des tiers. »

Cette disposition tend à mettre fin à une difficulté qui se présente assez souvent dans les rapports entre époux et qui provient du fait que fréquemment, intentionnellement ou non, le mari omet de faire figurer le nom de sa femme dans l'acte d'achat d'immeubles qu'il effectue pendant le mariage.

Mais la règle d'après la position de l'article 123 ne paraît s'appliquer à Madagascar qu'aux acquisitions postérieures à l'immatriculation de l'immeuble, mais non à l'immeuble commun immatriculé au nom du mari seul, cas au moins aussi fréquent, tandis que la jurisprudence tunisienne interprète de la même façon l'immatriculation faite au nom du mari seul (*supra*, n° 158). Malgré la formule employée il reste possible au mari d'établir qu'il a acquis l'immeuble de ses deniers propres.

3. — *Arrêt du cours des inscriptions.*

241. — Le conservateur se voit parfois contraint d'arrêter les inscriptions.

L'arrêt du cours des inscriptions est provoqué par trois ordres de faits :

1° L'aliénation de l'immeuble. L'inscription de l'aliénation de l'immeuble provoque l'arrêt des inscriptions du chef du titulaire du droit cédé. Nous avons vu qu'en France la solution est différente : la publicité de l'acte d'aliénation n'arrête pas pour autant la publicité des actes d'acquisition des ayants cause du même auteur (*infra*, n° 242).

2° L'inscription du commandement à l'occasion d'une procédure d'exécution forcée. L'inscription du commandement sur le livre foncier entraîne l'arrêt des inscriptions du chef du débiteur saisi pendant le cours de la procédure d'exécution (*supra*, n° 212).

3° La faillite, la liquidation judiciaire ou le règlement judiciaire du titulaire. Après l'inscription du jugement le débiteur est dessaisi au profit de la masse des créanciers du droit de disposer de son immeuble (*supra*, n° 220).

---

(42) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 115.

Section III

Les effets de la publicité

La publicité produit un triple effet :

1° Elle établit au regard des tiers, l'existence du droit inscrit, c'est l'effet probant de l'inscription que nous retrouverons plus loin (*infra*, n° 276 et suiv.).

2° Elle permet ensuite au titulaire de disposer de son droit.

3° Elle reconnaît un droit de préférence au premier inscrit.

I. — Droit de disposition du titulaire inscrit

242. — Le conservateur ne peut procéder à l'inscription requise si la personne qui transfère la propriété ou le droit réel n'est pas elle-même inscrite sur le titre foncier. Les mutations doivent se succéder sans interruption, dans leur ordre chronologique. Mais, en outre, pour être admis à l'inscription un droit doit être tenu *directement* de l'inscription précédemment prise.

Tous les textes fonciers, sous des formes variées, affirment le principe, soit sous une forme directe (art. 357 de la loi tunisienne repris par l'article 392 du Code des droits réels et 40 du décret malgache) soit sous une forme indirecte, mais aussi impérative « l'inscription du droit du disposant ne doit être infirmée par aucune inscription ultérieure » (art. 146, Afrique occidentale), ou encore « le conservateur doit s'assurer que l'opération n'est pas en opposition avec les énonciations du livre foncier » (art. 74 du dahir foncier marocain).

Ce principe qui trouve son origine dans la loi prussienne (43), contraint indirectement le bénéficiaire d'un droit réel immobilier à se conformer à l'ordre de la loi, car à l'inopposabilité de son titre aux tiers, il ajoute une quasi-impossibilité d'accomplir un acte de disposition. Aucun acquéreur ne peut raisonnablement consentir à traiter dans des conditions qui ne lui permettraient pas à lui-même de consolider son droit.

C'est ici que le système des livres fonciers se sépare franchement du système de publicité foncière française. En France, l'article 3 du décret du 4 janvier 1955 dispose en effet « aucun acte ou décision judiciaire ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant n'a pas été préalablement publié ». En France, la seule exigence imposée pour la publication d'un droit est que le disposant ait fait publier antérieurement, mais il n'est pas requis que le droit acquis soit tenu directement de l'auteur de la dernière publication. Il suffit en France qu'à un moment quelconque le droit du

(43) Art. 5 de la loi du 5 mai 1872.

disposant ait été publié pour que le conservateur soit tenu de déférer à la demande de publicité présentée par son ayant cause.

Il en résulte qu'un propriétaire dont le droit a été publié peut céder ce droit à deux acquéreurs différents. Le conservateur est tenu de publier successivement les deux actes s'ils lui sont présentés, car il n'a pas à se faire juge de la validité de ces actes, c'est ce qu'on appelle le principe de l effet relatif de la publicité. Evidemment le conflit entre les deux acquéreurs est résolu au profit de celui qui accomplit le premier la formalité. mais c'est le juge qui en décidera et non le conservateur.

Si chacun des deux acquéreurs cède à son tour son droit, sans que le juge intervienne, et ainsi de suite, il se constituera deux chaînes de propriété et personne ne sera sûr de son droit. Cette hypothèse n'est pas réalisable dans le système des livres fonciers puisque le conservateur ne peut inscrire le droit présenté qu'après s'être assuré qu'il est tenu du *dernier* titulaire inscrit. Le conservateur n'inscrira jamais qu'un acquéreur, le premier qui se présentera, le second sera écarté comme ne tenant pas son droit du dernier inscrit. Jamais dans le système des livres fonciers il ne pourra se constituer de double chaîne.

Le principe que le droit inscrit doit être tenu directement du titulaire de l'inscription précédente est d'ordre public et peut être soulevé d'office par le juge (44). Mais que se produira-t-il au cas où la règle n'est pas observée ?

Cas où le conservateur aurait inscrit un droit non tenu directement du titulaire de l'inscription précédemment prise.

243. — L'hypothèse est rare. En effet, la production du duplicata du titre est exigée lors de l'inscription au livre foncier et le détenteur ne le fournit en principe pas s'il n'a pas consenti l'acte dont l'inscription est demandée.

Il ne s'agit cependant pas là d'une pure hypothèse d'école. Les tiers intéressés ont alors qualité pour demander l'annulation de l'inscription irrégulièrement prise qui leur préjudicie (45) et nous venons de voir par ailleurs que le moyen était d'ordre public (*supra*, n° 242).

---

(44) Civ., 19 novembre 1959, Bull. 1959, I, p. 28.

(45) Civ., 21 novembre 1923, Sir. 1925, I, 36 ; Dar 1925, 217. La Cour de cassation ne l'a pas admis dans le cas d'espèce intéressant, mais pour des raisons particulières et peut-être pas absolument déterminantes. Il s'agissait d'un acquéreur qui demandait l'annulation d'un bail consenti apparemment *a non domino*. Un bail avait été consenti sur un immeuble immatriculé, mais sans doute à la suite d'une erreur, le bail avait été porté comme consenti non par la société propriétaire, mais par une société portant une raison sociale analogue. En fait, l'immeuble appartenait à la Société Edouard Lasnier, père, fils et Cie, et le bail avait été consenti par la Société Edouard Lasnier et Cie. Les deux sociétés existait, la première avait pour fondé de pouvoir le père, la seconde le fils. L'acquéreur demandait la nullité du bail. La Chambre civile, après délibération en chambre du conseil, rejeta le pourvoi formé par l'acquéreur,

Autre conséquence, celui qui traite avec un tiers non inscrit ne peut prétendre, même après son inscription à la protection reconnue au tiers inscrit de bonne foi (voir *infra*, n° 290) quand bien même il aurait en dehors du livre foncier acquis la conviction de la réalité des droits de l'autre contractant (46).

II. — Le droit de préférence du premier inscrit

244. — L'ordre d'inscription détermine l'ordre de préférence. A la vérité ce principe ne se trouve exprimé sous une forme générale que dans le nouveau texte foncier gabonais (art. 53), dans le dahir marocain en ce qui concerne les hypothèques (art. 77) seulement, et en Afrique occidentale, dans la même hypothèse (art. 139). Mais il se déduit des principes généraux qui président à l'organisation du système. Pour les autres droits et en particulier le droit de l'acquéreur, le premier inscrit prime les autres pour la raison bien simple que l'inscription régulière du nouvel acquéreur, interdit l'inscription de tout ayant cause du même auteur.

Section IV

Sanction du défaut de publicité

Les droits non publiés n'existent pas à l'égard des tiers, les actes publiés seuls leur sont opposables. La vigueur des termes

---

aux motifs d'une part que l'acquéreur n'avait pu se tromper sur l'identité des personnes et la réalité du bail — ce qui revenait, semble-t-il, à reconnaître l'existence d'une erreur purement matérielle et à la redresser intellectuellement, — et d'autre part que le bail lui était opposable par le seul fait de son inscription — ce dernier motif nous paraît appeler des réserves, car si le bail avait été consenti *a non domino*, le seul fait de son inscription ne pouvait le rendre opposable à l'acquéreur.

(46) Civ., 19 mars 1956, Bull. 56, I, III. Une femme marocaine copropriétaire d'un immeuble avait cédé ses droits à un tiers en précisant dans l'acte qu'ils étaient des 3/4 de la propriété, la 1/2 ayant antérieurement été acquise par elle, et le 1/4 supplémentaire ayant été recueilli dans la succession de sa sœur. Deux arrêts de la Cour d'appel de Rabat avaient, à l'occasion d'un litige en reddition de comptes de tutelle affirmé sa vocation successorale ; sur le vu de ces deux arrêts, les adouls avaient dressé deux actes reconnaissant ses droits. Ces actes ne furent pas inscrits au registre foncier, mais l'acquéreur, lui, s'inscrivit. Postérieurement le tribunal du Chrâa décida que la succession revenait non pas à la sœur, mais au petit-fils naturel de la défunte et à son mari.

Le mari agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de tuteur testamentaire obtint l'annulation de la vente du 1/4, les arrêts rendus par la juridiction française attestant la qualité d'héritière de la sœur « n'ayant tranché ce point de droit successoral musulman uniquement pour la solution relative aux comptes de tutelle » et l'acquéreur ne pouvant se prévaloir de la qualité de tiers de bonne foi en l'absence d'inscription de la prétendue qualité d'héritière de la venderesse.

employés par le législateur outre-mer atteste dans toutes les législations l'importance de la formalité, mais tous les textes exceptent de la règle les droits des parties (47). Le principe de la consensualité des contrats est en effet sauvegardé dans le système des livres fonciers.

Pour les parties, en effet, la publication ne s'impose nullement, elles n'ont pas à être avisées de la modification juridique apportée par leur convention à la situation de l'immeuble à l'aide d'une mesure spéciale de publicité, elles ne peuvent l'ignorer puisqu'elles en sont elles-mêmes l'auteur.

La notion de tiers et de parties domine l'institution des livres fonciers. Il importe de les définir avec précision de façon à lever toute équivoque, puis de rechercher les effets de l'absence de publicité à l'égard des parties et à l'égard des tiers.

I. — Les parties. — Définition

245. — Les parties sont toutes les personnes qui figurent personnellement dans l'acte ou qui y ont été valablement représentées : ainsi les héritiers (48), les légataires universels ou à titre universel qui sont les continuateurs de la personne du défunt, la femme mariée commune en biens au regard des acquisitions faites par le mari pendant le mariage (49), les créanciers qui exercent les droits de leur débiteur (50) doivent être également considérés comme des parties.

Tiers assimilés aux parties : personnes chargées de requérir l'inscription.

246. — Doivent être assimilées aux parties elles-mêmes, les personnes chargées de requérir dans l'intérêt de ceux dont ils administrent les biens, l'inscription passée au profit de ces derniers. Il faut ajouter leurs héritiers c'est-à-dire leurs successeurs qui sont

---

(47) Tunisie, art. 373 du Code, Maroc art. 66, Afrique occidentale art. 21, Madagascar art. 9, Gabon art. 43.

(48) Les héritiers ne peuvent opposer à l'acquéreur qui veut inscrire l'acte de vente, l'absence d'inscription de l'acte avant le décès du vendeur. C.M., 12 mars 1941 ; C.S.M., 14 avril 1964.

(49) La femme mariée malgache sous le régime du kitaytelo andalana — régime matrimonial se rapprochant de notre communauté légale, mais où la part de la femme n'est que du tiers — qui réclame la rectification de la mention portée au livre foncier de l'acquisition d'une propriété immatriculée, faite au nom du mari seul, pendant le mariage, peut faire constater le droit indivis résultant pour elle de la communauté dont elle n'est pas un tiers mais une partie. Elle n'a donc pas à prouver la mauvaise foi de son mari. Comp, 27 avril 1907, Sir. 1908, 2, 69. Le nouvel article 213 de l'ordonnance malgache a consacré cette jurisprudence (v. *supra*, n° 240).

(50) Tunis, 9 décembre 1903, J.T. 043.

tenus de leurs obligations, ainsi que leurs ayants cause à titre universel. Ils ne peuvent exciper du défaut d'inscription, comme toutes les parties à l'acte.

Cette solution ne résulte pas expressément des textes, mais elle nous paraît commandée par la règle qui veut que les tiers de mauvaise foi ne puissent imposer le défaut d'inscription ; si, au mépris des droits des incapables dont ils ont la charge, ces tiers contractent à leur préjudice, ils n'ont plus droit à la protection légale dont jouissent les tiers inscrits de bonne foi.

Effet de l'absence de l'inscription au regard des parties.

247. — L'absence d'inscription n'affecte pas les droits des parties (51). Sauf au Maroc, au Sénégal et au Gabon, l'inscription ne crée pas le droit, elle ne fait que rendre public le droit qui procède du titre, elle le porte à la connaissance des tiers, l'inscription n'est pas une condition de forme prescrite pour la validité des conventions entre parties, elle constitue une formalité extrinsèque nécessaire pour les rendre efficaces à l'égard des tiers. Entre parties, un transfert n'intéresse pas l'ordre public (52).

Diverses conséquences découlent de ce principe :

1° Les parties ne peuvent s'opposer entre elles le défaut d'inscription ou la nullité de l'inscription (53) pour se soustraire à l'exécution de leur convention. Un bail reste valable entre les parties contractantes bien qu'il n'ait pas été inscrit (54).

Cette règle peut donner lieu à des applications délicates. Ainsi de deux ventes successives d'un même immeuble la première à plusieurs acquéreurs, l'autre à un seul d'entre eux, ce dernier qui a été partie au premier acte, n'est pas par rapport aux autres acquéreurs, un tiers au sens foncier et ne peut opposer l'inscription du second acte, si le premier n'a pas été inscrit (55) ; de même, en matière de partage, si l'acte de partage d'un immeuble entre deux groupes d'indivisaires n'a pas été inscrit, un membre de l'un de ces groupes ou son ayant droit qui a acheté les droits d'un indivisaire de l'autre groupe, ne peut pour repousser la demande de préemption formulée par un indivisaire de l'autre groupe, soutenir qu'il n'est pas un tiers, mais un copropriétaire indivis, en l'absence d'inscription de l'acte de partage (56).

---

(51) Tunisie art. 301 du Code des droits réels, Maroc art. 66, Afrique occidentale art. 21, Madagascar art. 9, Sénégal art. 381 du Code des obligations, Gabon art. 44.

(52) Léris, *Etude sur la publicité de l'immatriculation*, Pen. Maroc 1926, 31 ; Cass., 28 avril 1960.

(53) C.A.M., 8 sept. 1960.

(54) Dakar, 24 juillet 1932, Pen. 1933, 120.

(55) Cass., 28 avril 1960, B. I, n° 211.

(56) Cass., 6 février 1957, B. I, 54.

2° L'efficacité de la convention ne commence pas à courir au jour de son inscription, mais au jour fixé par le contrat.

A l'exemple de l'Act Torrens (voir *supra,* n° 9), le Maroc, s'écartant de la règle généralement suivie de la consensualité des contrats, a cependant admis la solution contraire. Le dahir marocain retarde les effets des conventions même entre parties au jour de l'inscription (art. 67). Les risques de la chose ne passent notamment à l'acheteur qu'à compter de l'inscription de la vente. Le nouveau texte du Gabon du 8 mai 1963 (art. 44) vient d'adopter le même principe ainsi que le Code des obligations du Sénégal (art. 381-382).

Cette solution était déjà admise par la loi prussienne (57) et recommandée par la Commission du cadastre (art. 10 de l'avant-projet). Elle s'appuie sur des arguments rationnels non dépourvus de valeur. Le droit réel, dit-on, est un droit absolu qui s'impose à tous et il n'est pas logique qu'il puisse exister à l'égard d'une personne et pas d'une autre, qu'il puisse exister entre les parties dès l'échange des consentements et à l'égard des autres à compter seulement de l'inscription du droit. Le transfert du droit réel doit être retardé même entre parties jusqu'au moment de l'inscription. Jusque-là, la convention ne produit qu'une obligation d'aliéner qui ne donne lieu qu'à une action personnelle contre le cocontractant, sans action contre les tiers.

Cette conception supprime la distinction délicate des parties et des tiers et elle incite l'acquéreur à remplir la formalité dans les moindres délais afin d'obtenir la propriété retenue jusqu'à son accomplissement ; elle assure ainsi mieux la concordance entre les mentions du livre foncier et la situation réelle de la propriété.

II. — Les tiers — définition

248. — Le mot « tiers » se trouve dans chaque texte foncier à de nombreuses reprises. Il est parfois accompagné du qualificatif « inscrits », mais souvent cette précision manque, il importe donc de définir ce qu'il faut entendre par « tiers » au sens du système des livres fonciers.

On a soutenu qu'au regard des textes fonciers, il fallait entendre par « tiers » protégés, les tiers définis par l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 « ceux qui ont des droits sur l'immeuble et les

---

(57) Loi prussienne du 5 mai 1872 : art. 1er : « En cas d'aliénation volontaire *la propriété d'un immeuble n'est acquise que par une inscription* au livre foncier faite à la suite d'un acte d'investiture. »

Art. 2 : « L'investiture s'accomplit par la double déclaration suivante : 1° le propriétaire actuellement inscrit déclare consentir à l'inscription du nouvel acquéreur ; 2° le nouvel acquéreur déclare requérir son inscription. Ces deux déclarations sont faites simultanément et de vive voix. »

ont conservés en se conformant à la loi », en un mot, les tiers inscrits, auxquels le législateur d'outre-mer avait voulu se référer implicitement, s'agissant d'une institution juridique analogue et inspirée par les mêmes motifs. Seuls donc les tiers inscrits auraient qualité pour opposer le défaut de publicité.

Mais cette thèse se heurte au principe suivant lequel, les dispositions restrictives sont d'interprétation étroite et ne peuvent être étendues sans texte d'une institution à une autre ; elle ne peut être retenue (58).

On pourrait être tenté en l'absence de toute disposition restrictive de définir le tiers d'une manière très large, serait un tiers « toute personne intéressée étrangère au fait juridique tendant à la constitution du droit » (59). Cette définition a le mérite de serrer de plus près le texte des articles qui ne font aucune discrimination entre les tiers. C'est la notion large de tiers de l'article 941 du Code civil qui permet à toute personne ayant intérêt d'opposer le défaut de transcription de la donation.

A vrai dire, cette définition ne nous satisfait pas entièrement. Certains textes fonciers, l'ordonnance malgache en son article I, comme l'article 1er du décret de l'Afrique occidentale du 26 juillet 1932 qui prévoient que la conservation foncière assure aux titulaires la garantie des droits qu'ils possèdent sur les immeubles, supposent que le tiers intéressé prétende à quelque droit sur l'immeuble. Cette exigence a notamment pour effet de dénier la qualité de tiers au fisc (60).

On peut donc entendre par tiers, selon la législation des livres fonciers, des compétiteurs à un droit garanti sur un même immeuble qui n'ont pas figuré dans l'acte et qui n'y ont pas été représentés. Les tiers au sens du droit commun ne sont des tiers au sens du droit foncier que lorsqu'il possèdent ou réclament un droit garanti sur un immeuble immatriculé.

---

(58) Dakar, 22 avril 1938, Pen. 1939, 85.

(59) Cass., 28 avril 1960, Bull. 1960, I, n° 211, p. 172.

(60) C.M., 3 avril 1935. Il s'agissait d'un immeuble acheté pendant le mariage par des époux communs en biens. L'inscription avait été faite au nom du mari seul. Après le décès du mari, l'enregistrement émettait la prétention, en se fondant sur l'inscription, de percevoir les droits de mutation sur la totalité de l'immeuble et non pas sur la part revenant à la succession du mari. La cour a rejeté la demande : « Il résulte de la rédaction même de l'article 18 du décret du 4 février 1911, que le tiers protégé ne peut être que celui qui a passé des conventions et dont les droits ont été inscrits sur le titre ce qui n'est pas le cas de l'enregistrement. » Ces motifs appellent certaines réserves. Il est d'abord impossible de déduire de l'article 18 l'argument invoqué. D'une part il est des tiers inscrits qui n'ont jamais passé de convention, comme le titulaire d'une hypothèque forcée, d'autre part l'article 18 ne subordonnait pas le droit pour un tiers de se prévaloir de l'absence de publicité à son inscription. Pour rejeter l'action de l'enregistrement, il suffisait de relever que l'enregistrement ne prétendant à aucun droit d'aucune sorte sur l'immeuble, n'avait pas la qualité de tiers protégé par le décret foncier.

A ce point de vue, il existerait selon nous trois sortes de tiers :

a) les tiers dont les droits sont soumis à l'inscription et qui pour être protégés sont tenus de s'inscrire (*infra,* force probante, n° 278 et suiv.) ;

b) les tiers qui possèdent certains droits sur l'immeuble qui ne sont pas inscriptibles — tel le locataire d'un bail de courte durée — qui ne sont pas en général protégés contre les annulations ;

c) les tiers dont les droits ne sont pas inscriptibles mais qui peuvent faire l'objet d'une inscription, les créanciers chirographaires en cas de faillite ou de saisie immobilière ; ils ne sont pas protégés contre les annulations, mais le sont contre les actes de disposition à partir de leur inscription.

Effet de l'absence de l'inscription à l'égard des tiers.

249. — L'absence de publicité emporte l'inexistence du droit non publié à l'égard des tiers tels qu'ils viennent d'être définis.

Les tiers peuvent opposer le défaut de publicité qu'ils soient inscrits ou qu'ils ne le soient pas : un droit non publié n'existe pas. Toutefois, si le tiers n'est pas inscrit, l'avantage qui lui est concédé est essentiellement précaire puisqu'à tout moment une inscription nouvelle peut intervenir et le priver de la possibilité de faire valoir ses droits.

Les cas d'application sont nombreux : l'absence de publicité rend un bail de longue durée inopposable à l'acquéreur de l'immeuble (61), un acte de donation entre époux est inopposable aux tiers s'il n'a pas été inscrit (62). il en est de même pour un acte de société qui comprend des immeubles immatriculés (63), une vente non inscrite (64), une clause de résolution pour défaut de paiement du prix (65).

Mais l'absence de publicité peut-elle être compensée par la connaissance de l'existence du décret ?

Connaissance de l'existence du droit en dehors du livre foncier.

La connaissance du droit en dehors des mentions du livre foncier pose un problème délicat : s'il est certain que lorsque cette connaissance survient après l'acquisition du droit, elle reste sans effet sur l'inscription de ce droit, la question se pose de savoir s'il en est de même lorsque le tiers a connaissance du droit clandestin avant de traiter.

Deux opinions s'affrontent quant à la solution à donner à ce

(61) C.M., 11 avril 1906.
(62) Majunga, 1er décembre 1913.
(63) C.M., 15 octobre 1902.
(64) Req., 28 avril 1927, Dar 1927, 178 et 217. Cass., 22 avril 1959.
(65) Req., 13 novembre 1935, Pen. Mar. 1936, 22.

problème : la théorie objective qui protège le tiers inscrit dans ces conditions et la théorie subjective qui le condamne. Nous retrouverons la même opposition, soutenue par les mêmes autorités, lors de l'étude de l'effet de l'annulation d'une inscription sur les tiers inscrits (*infra*, n° 287).

I. — La théorie objective ou classique

250. — La théorie objective soutient qu'en aucun cas la connaissance de l'existence d'un droit non inscrit, en dehors du livre foncier ne peut avoir d'incidence sur l'inscription prise, fut-elle antérieure à l'acquisition qu'elle relate. Seules comptent les mentions du livre foncier.

L'argumentation est la suivante.

Les partisans de cette thèse s'accordent en matière de livres fonciers à attribuer une portée générale aux dispositions de l'article 1071 du Code civil qui prévoient pour les donations : « Le défaut de publication ne pourra être suppléé, ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou le tiers acquéreur pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celles de la publication. » Pothier disait déjà : « Il suffit que les ordonnances aient introduit le moyen de rendre publiques les donations pour que les tiers soient réputés en prétendre cause d'ignorance tant que la donation n'a pas été rendue publique par le moyen que la loi introduit par sa publication. »

C'est que, disent-ils, le régime des livres fonciers a pour effet de supprimer l'appréciation subjective de la bonne foi des tiers avec toutes les difficultés qu'elle comporte. C'est un régime formaliste, abstrait, qui opère quasi automatiquement : le droit est-il publié ? il existe à l'égard des tiers, n'est-il pas inscrit ? il est réputé inexistant. Admettre que malgré l'absence d'inscription d'un droit, la connaissance que les tiers pourraient avoir de son existence, suffirait à leur faire perdre le bénéfice de leur inscription, ruinerait le système (66). « Si l'acte soustrait à la publicité pouvait être opposé

(66) Dans le but de ne pas consacrer une iniquité, la Cour suprême apporte parfois des dérogations au principe ; elle a estimé notamment recevable l'exercice du droit de préemption par un copropriétaire indivis, *bien que l'inscription de son droit de propriétaire soit postérieure de plus d'un an à l'inscription de la vente du tiers acquéreur*, dès lors qu'à la date où le retrayant avait formé sa demande, dans le mois de l'inscription de la vente du tiers acquéreur, *celui-ci savait pertinemment d'après les actes notifiés*, que ce retrayant avait la qualité de copropriétaire et que l'acquéreur étranger ne pouvait donc invoquer les prescriptions littérales de l'article 66 du dahir édictées pour préserver les intérêts des tiers présumés ignorants du droit occulte à eux opposés, sans violer la règle générale de la bonne foi posée par l'article 505 du dahir de la procédure civile. Cass., 27 novembre 1950 R 1952, 286. La dérogation grave au principe de l'inexistence pour les tiers des droits non publiés, est atténuée ici du fait qu'il ne s'agit pas de trancher un litige

à un tiers sous le prétexte que celui-ci n'a pas contracté de bonne foi, les droits les plus régulièrement acquis n'échapperaient pas au risque d'une contestation de ce genre et la sécurité recherchée par la loi ne pourrait exister. Il y a un intérêt public à ce que la formalité ne se supplée pas. » (67)

Cette formalité ne permet aucun équipollent « il s'agit d'une véritable solennité » (68) et la connaissance que pourrait avoir un tiers du droit en dehors du livre foncier ne saurait lui être opposée, fut-elle régulièrement constatée par une signification.

La simple mauvaise foi ne saurait rendre recevable sur le terrain de l'article 1382, une action en responsabilité qui ferait échec au régime de la publicité. Une institution d'ordre public comme l'immatriculation ne peut être privée de ses effets que dans le cas où la nécessité s'impose de réprimer une fraude caractérisée constituant un usage déloyal de la formalité légale destinée à empêcher l'exécution de conventions antérieures (69).

Les cas d'application de ce principe ne manquent pas :

— achat d'un immeuble que l'on sait vendu antérieurement à un tiers qui n'a pas publié, celui qui a publié n'a commis aucune faute profitant d'un avantage offert par la loi, elle-même, à l'acquéreur le plus diligent (70) ;

— bail de plus de trois ans non inscrit, inopposable à l'acquéreur même s'il en a eu connaissance (71) ;

— saisie immobilière inscrite opposable à un acquéreur, bien que le saisissant ait fait inscrire cette saisie en pleine connaissance de cause des droits de l'acquéreur non inscrit, car les textes fonciers ne prévoient pas une influence de la notoriété publique sur les mentions du livre foncier (72).

La théorie objective connaît cependant certaines limites.

Limites au principe.

251. — La connaissance de l'existence du droit non inscrit n'a, en règle générale, aucun effet sur les tiers. Cependant, ce principe a tout de même des limites. La règle fléchit dans deux cas, dans le premier, le droit non publié reste cependant opposable parce que le tiers l'a connu et accepté, dans le second, le droit non inscrit

---

relatif à deux droits concurrents sur le même immeuble, mais simplement de la sauvegarde d'un droit de retrait. Contra Brunot, *op. cit.*, 51 et Cass., 10 juin 1959 B 59, I, 244, refusant le droit de préemption aux héritiers d'un copropriétaire qui ne se sont fait inscrire que postérieurement à l'acquéreur.

(67) Rapport Massigli, *P.V. Commission du cadastre*, t. 9, p. 106.
(68) Lyon-Caen sous Sir., 1894, I, 385.
(69) Req., 6 avril 1925, Civ. 7 décembre 1925, D. 1926, I, 185.
(70) Civ., 7 décembre 1925 précité.
(71) C.M., 8 août 1929.
(72) Req., 7 mai 1935, Pen. 1937, 23.

devient opposable parce que l'absence de publication est exploitée à la suite d'un concert frauduleux.

1er cas : droit non publié, mais accepté par le tiers.

252. — L'application du principe qui veut que la simple connaissance du droit non inscrit est insuffisante pour constituer le tiers de mauvaise foi reçoit une dérogation, lorsque celui-ci s'est engagé à respecter ce droit en traitant. Il en est ainsi notamment lorsque l'acte constitutif du droit a été littéralement transcrit dans le contrat. L'absence de publicité de l'acte constitutif d'une servitude ne peut être opposée par exemple par l'acquéreur de l'immeuble grevé de cette servitude lorsque dans l'acte d'acquisition, il a été littéralement reproduit, l'acquéreur a ainsi certifié l'établissement de la servitude (73).

2e cas : utilisation frauduleuse de la publicité.

253. — Lorsqu'un tiers s'inscrit frauduleusement dans le but d'évincer un ayant droit légitime, la publicité perd son efficacité, le tiers inscrit n'est plus admis à opposer au tiers qu'il a évincé la publicite de son droit. Il n'y a là qu'une application du principe général que la fraude fait exception à toutes les règles et ne peut constituer aucun droit. Il importe donc de distinguer soigneusement la simple connaissance d'un droit antérieur non inscrit, sans effet sur l'inscription et le concert frauduleux qui a présidé à l'inscription et la rend sans valeur (74).

L'application de ce principe n'a été expressément écartée qu'en ce qui concerne les énonciations portées au titre lors de l'immatriculation, mais elle est maintenue pour les inscriptions subséquentes, car aucune publicité préalable ne permet au tiers de se garantir contre la fraude.

La règle est suivie dans tous les pays (75).

En fait, si la simple connaissance de l'existence du droit non inscrit que peut avoir le tiers lorsqu'il traite est à elle seule insuffisante pour établir la fraude lorsqu'il est cependant démontré que le tiers a traité en connaissance de cause, la jurisprudence admet assez facilement l'existence de la fraude. L'absence de fraude ne peut guère s'admettre que lorsque le second acquéreur n'apprend l'existence du droit antérieur qu'après qu'il a traité.

---

(73) Civ., 11 juillet 1918, D.P. 1918, I, 71 comp Bordeaux, 2 juillet 1947, J.C.P. 1947, n° 3973 relatif à un bail opposable à un acquéreur bien que n'ayant pas date certaine parce qu'il a été inscrit au cahier des charges lors de l'adjudication publique.

(74) Cass., 2 juin 1929.

(75) Madagascar, C.M., 21 février 1945. Maroc, Req., 21 mai 1946, Pen. 1947, 237.

La mauvaise foi est d'ailleurs essentiellement relative et seuls peuvent s'en prévaloir ceux que les agissements avaient pour but d'évincer. Le tiers qui a omis d'inscrire une servitude ou une hypothèque serait sans qualité pour attaquer l'inscription de celui qui par fraude a évincé un tiers acquéreur.

Preuve de la fraude.

254. — La charge de la preuve des agissements frauduleux du tiers incombe à celui qui se prétend lésé (76).

Elle pourra résulter notamment de la vileté du prix d'acquisition ou même de l'infériorité sensible du prix par rapport à la valeur réelle de l'immeuble (77), de la précipitation avec laquelle a été requise l'inscription suspecte (78), de l'insuffisance des ressources de l'acquéreur au moment de l'acquisition (79).

Annulation de l'inscription frauduleuse.

255. — En général, le conservateur ne prendra pas sur lui d'annuler l'inscription frauduleuse et se refusera d'inscrire au livre foncier le droit du tiers lésé. La question sera résolue judiciairement.

Si le tribunal estime que les droits du tiers inscrit sont entachés de fraude, il ordonnera l'annulation de l'inscription si les droits sont inconciliables, autrement il se bornera à ordonner la rectification de l'inscription précédemment prise. Le conservateur en portera la mention sommaire sur les livres fonciers. Dans tous les cas, les premières inscriptions devront être laissées intactes et les corrections seront inscrites à la date courante.

En même temps, le tribunal ordonnera sous astreintes, le dépôt du duplicata détenu par le propriétaire à la conservation foncière d'où dépendent les immeubles et invitera le conservateur à procéder à cette radiation (80).

Quels seront les effets de cette annulation sur les ayants cause du tiers inscrit ? Si l'immeuble a été revendu ou cédé, même à titre

---

(76) C.M., 21 janvier 1931.

(77) Cass., 13 fév. 1957.

(78) « L'accord frauduleux est établi quand l'acquéreur ayant connaissance d'une promesse de vente antérieure, a traité sans que cette promesse ait été annulée et qu'il a fait inscrire cette acquisition avec une rapidité exceptionnelle, le jour même de la rédaction du contrat et de l'inscription du partage judiciaire qui permettait la réalisation de la vente. Rabat, 8 juillet 1950. A vrai dire, la précipitation seule pourrait s'expliquer par d'autre cause que la fraude.

(79) Annulation d'une mutation à titre onéreux d'un immeuble opérée au nom de la femme pendant la période suspecte, si cette femme se trouvait sans ressources personnelles. C.M., 23 octobre 1932.

(80) Cass., 12 mai 1946, R.C. 1947, 69.

gratuit, les droits du sous-acquéreur dépendront de sa bonne foi, c'est-à-dire de la connaissance qu'il pouvait avoir lors de son acquisition du vice dont était affecté le droit de son auteur. S'il est établi qu'il l'ignorait, et la bonne foi se présume, la sous-acquisition sera maintenue. La solution du système des livres fonciers se sépare donc de celle du système foncier français ou l'action en revendication du tiers lésé contre le sous-acquéreur de bonne foi est admise, même si les mutations successives ont fait l'objet d'une publicité (81) par application de l'adage : « Nemo dat non quod habet. » Sous le régime des livres fonciers, ainsi que nous le verrons (voir *infra*, n° 287) le tiers inscrit de bonne foi est toujours protégé quelle que soit l'origine de son acquisition.

II. — La théorie subjective ou moderne.

255 *bis*. — Les tenants de la théorie subjective partent du principe que les garanties qu'apporte le régime foncier ne sont faites que pour les honnêtes gens, et que même en l'absence de fraude démontrée, elles ne doivent pas être faites pour dépouiller autrui. La théorie objective favorise trop d'indélicatesses. Le tiers qui traite en connaissant l'existence d'un droit réel qui porte atteinte au droit qu'il acquiert, ne doit pas être protégé, pour la simple raison que l'inscription n'a d'autre but que de faire connaître aux tiers l'existence de ce droit et qu'elle se révèle inutile s'il est déjà connu. Le bénéfice de l'inscription est donc refusé au tiers inscrit seulement de mauvaise foi.

Cette théorie récente s'appuie, en outre, sur le fait que la plupart des textes fonciers font référence à la bonne foi du tiers inscrit lorsqu'il s'agit de le protéger contre les effets de l'annulation d'une inscription (*infra*, n° 287, note 2).

En France, la dernière jurisprudence se rallie à cette thèse. Elle sanctionne par l'inopposabilité du droit publié la faute commise par celui qui traite en connaissant l'existence d'une précédente aliénation, en l'absence de fraude établie (82).

A Madagascar, la jurisprudence admet aussi le principe que la simple connaissance de l'existence d'une précédente aliénation avant de traiter, empêche le tiers inscrit de mauvaise foi de se prévaloir de son inscription (81).

---

(81) Civ., 10 mai 1949, D.H. 1949, 277 et la note Lenoan.

(82) Cass., 23 mars 1968, D. 1968, 412, note Mazeaud et J.C.P., note critique Plancqueel. L'arrêt consacre en réalité un mode de réparation particulier qui n'est pas possible lorsque l'immeuble a été revendu à un acquéreur de bonne foi.

(83) C.A.M., 2 avril 1969 : cas du second acquéreur inscrit qui antérieurement à son achat aurait perçu les loyers pour le compte du premier acquéreur non inscrit. V. aussi Cass., 27 novembre 1950, *supra*, n° 250.

III. — Conclusion

255 *ter.* — La théorie subjective est dans le sens de l'histoire. Il est en effet de principe que l'évolution du droit se fait toujours dans le sens de l'assouplissement du formalisme en faveur de la solution de justice, sous l'influence des tribunaux qui répugnent à consacrer au nom des principes rigides des iniquités.

Cependant la prudence commande en ce domaine de se garder de poser un principe général. Si dans le cas d'une double aliénation successive de l'immeuble, l'application de la règle peut se justifier peut-on envisager de l'étendre sans risque aux droits réels autres que le droit de propriété ? L'acquéreur d'une propriété commet-il une faute s'il traite et s'inscrit en connaissant l'existence d'une servitude ou d'une hypothèque non inscrite ? Est-il tenu de prendre par la main le titulaire de ces droits négligent pour l'inviter à régulariser avant de s'inscrire lui-même, alors qu'il est tenu de s'inscrire le plus rapidement possible pour éviter d'être évincé à son tour par une nouvelle inscription ? A priori certainement pas, mais la bonne foi est une question de fait et il importe, dans chaque cas, de scruter la motivation du tiers inscrit.

Section V

L'organisation technique de la publicité

Il ne servirait à rien que les livres fonciers soient tenus rigoureusement à jour, si les tiers intéressés ne pouvaient en obtenir communication.

L'étude de l'organisation technique de la publicité suppose donc l'examen des différents registres que le conservateur est tenu d'ouvrir et des conditions dans lesquelles le public peut avoir communication des renseignements qu'ils renferment, ainsi que de la délivrance de la copie du titre au propriétaire.

1° *Les registres et archives du conservateur.*

256. — Les titres de propriétés sont consignés à raison d'un feuillet par immeuble sur un registre tenu par le conservateur. En Tunisie ces registres sont de deux cents feuillets et renferment 25 titres en moyenne, à raison de huit feuillets pour chaque immeuble. Lorsque les huit feuillets sont terminés la suite est continuée sur un nouveau registre.

Chaque titre fait connaître l'immeuble immatriculé par une description détaillée se référant à la désignation et à la consécra-

tion des droits du propriétaire qui a requis l'immatriculation. L'enregistrement originaire est signé du conservateur. L'immeuble est désigné par un nom particulier et par son numéro d'inscription à ce registre qui fournit le numéro du titre foncier correspondant.

Les mentions subséquentes énumèrent les droits réels ou charges existant sur le fonds ainsi que les modifications mutations ou extinctions intervenues. Elles sont tirées d'un bordereau énumératif et analytique des actes et pièces produits à l'appui des droits constatés (pour l'Afrique occidentale et Madagascar).

Outre les titres fonciers et les dossiers correspondants, les conservateurs doivent tenir encore d'autres registres dont le nombre varie suivant les pays :

1° Un registre d'ordre des formalités préalables à l'immatriculation (Tunisie, Afrique occidentale, Madagascar).

2° Un registre des oppositions.

3° Un registre des dépôts des actes et documents à inscrire, tenu en double, dont l'un est déposé dès l'achèvement au greffe de la juridiction, en Tunisie au greffe de la Cour d'appel.

4° Un registre d'ordre des morcellements et fusions à Madagascar.

Pour la communication de renseignements au public :

a) Le répertoire alphabétique des titulaires de droits réels et des baux inscrits.

b) Le répertoire alphabétique des titres de propriété.

Tous les registres sont cotés et paraphés par un magistrat.

Les deux derniers livres n'ont qu'une valeur de renseignements. C'est le feuillet réel qui seul a force probante.

2° *Modes de communication des renseignements.*

257. — Les chefs de juridiction dans leur ressort peuvent demander personnellement au conservateur la communication, sans déplacement, de ces documents, registres, dossiers. A Madagascar, le texte ajoute les inspecteurs d'Etat.

Les mêmes personnalités peuvent obtenir par écrit et gratuitement, communication des renseignements consignés aux livres fonciers ou renfermés dans les dossiers correspondant aux titres fonciers.

En ce qui concerne le public, la communication directe n'existe pas en général, sauf au Maroc et en Australie du Sud. La communication directe présente l'avantage de la rapidité mais offre des inconvénients : elle compromet rapidement l'état matériel des registres ; des altérations d'écritures sont à craindre ainsi que des désordres dans les service intérieur des bureaux et une gêne dans la bonne exécution du travail. A Madagascar, il est toutefois prévu pour faciliter aux requérants l'établissement de leur réquisition la possibilité de leur donner une communication directe, si le conservateur l'estime utile, mais en sa présence (art. 73 du décret).

Les registres sont publics, en ce sens, qu'il n'est pas nécessaire de justifier d'un intérêt pour obtenir communication des renseignements contenus dans les archives de la conservation.

Tout requérant peut obtenir :

— Un certificat établissant la conformité du duplicata du titre foncier et de la copie du titre ;

— La copie littérale des seules mentions qui seront spécialement désignées dans la réquisition des parties ;

— Un certificat attestant qu'il n'existe aucune inscription sur le titre foncier.

A Madagascar, l'article 73 autorise même la délivrance aux tiers d'une copie du titre foncier.

En outre, à titre de simples renseignements, n'engageant pas sa responsabilité, le conservateur peut délivrer l'état des immeubles appartenant au même propriétaire ou sur lesquels une même personne a des droits réels immobiliers.

Enfin les parties peuvent obtenir du conservateur une copie analytique des écrits déposés à l'appui d'une demande d'inscription aux archives de la conservation, elles font foi de leur contenu et de leur date. Cette faculté est reconnue partout (84).

A l'origine, en Tunisie, en l'absence d'un texte, la jurisprudence avait d'ailleurs admis que l'inscription d'un acte suffisait à lui conférer date certaine. Ces formalités qui sont accomplies en vertu d'un texte légal obligatoire, en présence d'un fonctionnaire supérieur qui atteste que la substance d'un acte sous seings privés est connue de lui et de toutes parties contractantes si elles ne correspondent pas littéralement à la formule de l'art. 1328 du Code civil contiennent néanmoins la relation de la substance d'un acte dressé par un officier public, agissant dans l'exercice de ses fonctions (85). Cette jurisprudence est donc fondée.

3° *Remise de la copie du titre.*

258. — A l'exemple de la législation australienne, les législations outre-mer ont prévu la remise au propriétaire à l'exclusion de tout autre, d'un duplicata authentique exact et complet du titre de propriété et du plan y annexé. Ce duplicata est nominatif et le conservateur en certifie l'authenticité en y apposant sa signature et le sceau de la conservation (84).

Le duplicata permet au propriétaire de faire la preuve à tout moment de son droit de propriété et aux tiers de traiter en toute

---

(84) Tunisie art. 343 *bis* repris sous l'art. 376 du Code. Maroc art. 71, Afrique occidentale art. 155, Madagascar ancien art. 131, art. 43 du nouveau décret.

(85) Civ., 24 juin 1957, Bull. 1957, I, 237.

(86) Tunisie art. 51, Maroc art. 58, Afrique occidentale art. 120, 5°, 124, Madagascar art. 124.

sécurité. Point n'est besoin de recherche préalable, ni de relevé d'états d'inscription.

Cependant, cette sécurité ne devient absolue que si la capacité ou l'identité du cocontractant est certaine, si la copie est bien conforme à l'original, et si, enfin, l'intéressé a pris une connaissance du titre complète et notamment des causes de résolution opposables.

Par contre le duplicata offre l'inconvénient d'obliger le conservateur à tenir en double les écritures et à opérer un contrôle minutieux pour s'assurer du maintien de la conformité du double avec l'original. Dans certains cas même, il peut favoriser la fraude lorsque les tiers de bonne foi traitent sans se faire remettre le duplicat, ils sont alors exposés à se voir opposer une inscription prise entre temps et portée sur le duplicata à leur insu.

Lorsque la propriété est en indivision, en général, une seule copie est délivrée, à celui qui est chargé de l'administration de l'immeuble ou qui est constitué séquestre à cet effort par ses copropriétaires (Maroc, art. 58), ou désigné dans la réquisition d'immatriculation (Madagascar, art. 23 du décret), les autres n'ont droit qu'à des copies des livres fonciers délivrés sur réquisition (Madagascar art. 23 et Afrique occidentale art. 120), ou à un certificat spécial (Maroc art. 59, Tunisie art. 364 du Code). La remise d'un duplicata à chaque indivisaire présenterait des difficultés pratiques. Chaque fois qu'une inscription serait prise à la suite d'une convention passée par un indivisaire, le conservateur devrait exiger tous les duplicata.

En Tunisie la solution fut rejetée après un essai. Le décret du 5 février 1920 décida qu'un seul duplicata serait remis pour tous les copropriétaires.

A Madagascar, l'usufruitier, l'emphytéote ou le superficiaire ont droit également à un duplicata authentique du titre spécial dont ils ont pu requérir l'établissement. Les autres titulaires de droits et de charges fonciers n'ont droit qu'à la délivrance de certificats d'inscription nominatifs (art. 124).

Dans les autres pays ces intéressés n'ont droit qu'à un certificat d'inscription spécial.

En Afrique occidentale, les copies des titres et certificats d'inscription emportent exécution parée, indépendamment de toute formule exécutoire (art. 120). A Madagascar, le législateur vient de décider également que le duplicata du titre foncier emporterait exécution parée entre les mains du propriétaire détenteur. Cette mesure renforce la valeur probante du titre en lui donnant la force d'un acte authentique, en particulier lorsqu'une atteinte est portée au droit de propriété du titulaire.

Mais ce n'est pas suffisant de délivrer une copie du titre au propriétaire si la correspondance n'est pas assurée d'une façon permanente avec les mentions du titre foncier.

4° De la conformité du titre de propriété et du duplicata.

259. — Toute mention inscrite par le conservateur sur le livre foncier doit être reproduite par lui sur le double du titre qui lui est représenté .

A défaut de production du duplicata du titre, le conservateur refusera l'inscription, si la réquisition se rapporte à un droit dont la constitution suppose le consentement du propriétaire inscrit (87).

A Madagascar, il est prévu que toute partie intéressée à requérir une inscription régulière sur le titre et sur le duplicata peut, après une sommation faite sans résultat, obtenir une ordonnance de référé ou un jugement prescrivant le dépôt de ce duplicata à la conservation sous astreintes, sous réserve bien entendu de présenter les titres réguliers constitutifs de droits (art. 65 du décret). Le détenteur du duplicata ne peut s'opposer à la demande en restitution formée par le propriétaire du titre qu'en établissant à son profit l'existence d'un droit légitimant sa détention. Ainsi le créancier chirographaire d'un aliénateur, détenteur du titre ne peut se refuser à le déposer alors qu'aucune mention au titre foncier ne restreint aux yeux des tiers le droit de disposition de l'aliénateur (88).

En cas de difficulté, le tribunal compétent est exclusivement celui dans lequel est situé l'immeuble immatriculé, puisqu'il s'agit d'une action réelle, la partie requérante devant présenter les écrits constitutifs de ses droits dont la régularité doit être appréciée par le tribunal (89), exception faite au Maroc où le conservateur est seul juge de la régularité des actes à inscrire (90).

Par contre, si les faits et stipulations à inscrire ne supposent pas le consentement du porteur de la copie l'inscription a lieu d'office sur le titre seulement. Il en est ainsi en matière d'hypothèque forcée, de jugement déclaratif de faillite, d'inscription de commandement. Le conservateur notifie l'inscription alors au porteur au détenteur du duplicata avec sommation d'avoir à déposer le duplicata au bureau de la conservation à peine de refus de toute inscription nécessitant le consentement du porteur jusqu'à ce que la concordance entre le titre et son duplicata ait été rétablie. Le titre est en quelque sorte immobilisé et le conservateur doit profiter de toutes les circonstances pour rétablir la concordance.

Lorsque l'immeuble est en copropriété, la partie qui veut obtenir la remise du titre à la conservation aux fins d'inscription de ses droits, doit diriger son action uniquement contre le copropriétaire mentionné sur le titre foncier comme étant porteur du dupli-

---

(87) Tunisie art. 374, Maroc art. 89, Afrique occidentale art. 153, Madagascar art. 66 du décret.

(88) Req., 16 avril 1931, D.H. 1931, 282.

(89) C.M., 4 juin 1941.

(90) Rabat, 13 mai 1948, Rec. 1949, 25.

cata ou contre ses héritiers (91). Le cas pratique est celui du copropriétaire qui veut hypothéquer sa part ainsi qu'il en a le droit. L'indivisaire détenteur du duplicata est tenu de le représenter au conservateur pour que l'inscription hypothécaire y soit reproduite afin d'assurer la concordance avec le livre foncier, et s'il retarde le dépôt, il engage sa responsabilité (92).

Mais le duplicata peut se perdre ou se détériorer.

5° *Perte et détérioration du duplicata.*

260. — En cas de détérioration du duplicata s'il porte encore le premier feuillet contenant les indications et mentions originaires du titre foncier correspondant, le conservateur apprécie s'il peut délivrer un nouveau duplicata. Cette règle instaurée pour Madagascar (art. 24 du décret) paraît pouvoir être étendue à l'ensemble des pays régis par le même système. Le conservateur peut d'ailleurs renvoyer le demandeur devant le tribunal pour constater la nullité du duplicata incomplet.

En cas de perte ou de destruction d'une copie du titre foncier ou d'un certificat d'inscription, au Maroc le titulaire doit faire une déclaration circonstanciée au conservateur qui peut alors délivrer une copie du titre ou un certificat d'inscription provisoire, après avis publié quinze jours avant dans le Bulletin officiel (art. 101). En cas d'opposition ou de refus du conservateur, le requérant peut se pourvoir devant le tribunal.

A Madagascar (art. 25 du décret) comme en Tunisie (art. 376 de la loi), en cas de perte du duplicata, le conservateur ne peut en délivrer un nouveau que sur le vu d'un jugement. En général, les juridictions saisies ordonnent préalablement la publication de plusieurs annonces afin de déjouer les fraudes. Le jugement rendu déclare nul entre les mains de tous détenteurs le duplicata perdu. Un avis est publié au *Journal Officiel* dans ce sens.

(91) C.M., 4 juin 1941.
(92) Rabat, 20 mai 1932, VI, 572.

CHAPITRE III

LA LEGALITE DE L'INSCRIPTION

Les inscriptions doivent être prises conformément à la loi et il convient de s'assurer de leur légalité par un contrôle préalable afin de prévenir les erreurs et les fraudes. C'est qu'en effet les inscriptions postérieures à l'immatriculation produisent vis-à-vis des tiers un effet probant que ne possède pas l'acte à inscrire, elles couvrent les nullités des actes antérieurs dont elles procèdent et sont, à ce point de vue, créatrices de droits. Il est donc indispensable de vérifier avec soin la légalité de toute demande d'inscription avant d'y faire droit.

Section I

Les différents systèmes

Le contrôle opéré par le conservateur sur la légalité de l'inscription est plus ou moins étendu suivant le pays, plus il est étroit et plus la force probante reconnue à l'inscription est grande. A ce point de vue on distingue deux grands systèmes :

1° le système de la vérification personnelle ;

2° le système des justifications légales.

I. — Le système de la vérification personnelle

261. — Le système de la vérification personnelle est le système australien. En Australie le Registrar General exerce un contrôle complet en la forme et au fond sur l'acte à enregistrer (*supra*, n° 10).

Le principe de la vérification personnelle a été maintenu au Maroc où le conservateur est chargé « de vérifier, sous sa responsabilité, l'identité et la capacité du disposant ainsi la régularité, *tant en la forme qu'au fond,* des pièces produites à l'appui de la réquisition » (art. 72).

Mais dans les autres pays, où le rôle du conservateur n'a pas atteint la simplification qu'il connaît en Australie (la plupart des actes ordinaires sont l'objet de formules imprimées mises à la disposition du public), le système de la vérification personnelle est apparu comme devant laisser une trop lourde responsabilité au conservateur, des retards et des complications seraient résultés suivant la circonspection du fonctionnaire, ce qui n'est pas le but recherché. Il est d'autre part très difficile de procéder à la vérification du fond même des contrats. La validité des conventions ne dépend pas seulement des clauses écrites dans les actes, mais aussi des circonstances extérieures qui ne peuvent être jugées qu'après un débat contradictoire.

Aussi le système des justifications légales l'a-t-il largement emporté.

En Tunisie, cependant, où le régime des justifications légales est en principe en vigueur, il existait une trace du système de la vérification personnelle puisqu'indépendamment de la régularité formelle, le conservateur était tenu de rechercher « si l'acte n'est pas manifestement entaché *au fond* d'une nullité absolue et de plein droit » (art. 354 modifié par le décret du 17 octobre 1938). Dans ces limites, le contrôle du conservateur peut s'exercer sans difficulté et fort opportunément (1).

Il convient de remarquer que l'obligation pour les contractants de recourir à la forme authentique qui tend à se généraliser (voir *supra* n° 234), a pour conséquence de transférer la vérification dévolue au conservateur, au notaire qui, lui, a la responsabilité de procéder à la vérification personnelle de la validité de l'acte comme à l'identité et à la capacité générale des parties et à toutes les investigations nécessaires, en s'obligeant à en répondre personnellement.

II. — Le système des justifications légales

262. — Dans le système des justifications légales, il suffit que celui qui est chargé de l'inscription soit mis à même de vérifier certains éléments formels essentiels : existence du titre, identité et capacité des parties, disponibilité du droit à inscrire, à l'exclusion du fond même de l'acte et des vices du consentement autres que l'incapacité de l'une des parties, dont il pourrait être atteint. Les justifications qui peuvent être demandées aux parties sont limitati-

(1) Cependant le Code des droits réels ne paraît pas avoir repris la prescription du contrôle au fond du conservateur.

vement énumérées par la loi : lorsqu'elles sont produites et vérifiées, la responsabilité du conservateur est dégagée.

L'origine de ce système se trouve dans la loi prussienne de 1872. En Prusse, c'est un magistrat qui est chargé de recevoir les déclarations d'investiture : « Le juge conservateur est tenu de vérifier la validité dans le fond et dans la forme de l'acte d'investiture et de tout consentement à l'inscription. S'il reconnaît un empêchement à l'inscription demandée, il doit le faire connaître au requérant. *Les vices du titre qui a servi de fondement,* soit *à l'investiture,* soit *au consentement à l'inscription, n'autorisent pas le juge conservateur à refuser l'inscription.* » (Art. 46.)

Le juge ne procède à l'investiture que lorsqu'il a reconnu après examen que rien ne s'oppose à l'inscription immédiate (art. 48). Mais l'examen du juge ne porte que sur des points très limités : qualité de l'aliénateur vérifiée d'après le livre foncier, sa capacité et celle de l'acquéreur, la disponibilité de l'immeuble (2) ; mais il n'a pas à examiner au fond la validité du titre produit à l'appui de la demande d'inscription.

Ce système est appliqué en Afrique occidentale, et à Madagascar. Lorsque les justifications limitativement énumérées par la loi sont produites et vérifiées, la responsabilité du conservateur est dégagée.

Application du principe des justifications légales.

263. — Le conservateur doit vérifier avant de procéder à l'inscription la régularité des pièces déposées et s'assurer de :

1° l'identité des parties ;
2° leur capacité ;
3° l'inscription au titre foncier du droit du disposant ;
4° la disponibilité de l'immeuble ;
5° la régularité de l'acte au point de vue de sa forme extérieure.

1° *L'identité des parties.*

264. — L'identité des parties est garantie (3) :

a) pour les actes publics et ceux enregistrés chez les fonctionnaires habilités à cet effet, par l'intervention du magistrat, du fonctionnaire ou de l'officier ministériel rédacteur. Les actes authentiques tendent à être exigés de plus en plus, ils sont prescrits au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Gabon et à Madagascar en ce qui

(2) V. *Annuaire de législation étrangère,* 1873, p. 215.

(3) Comp art. 48 de l'avant-projet de la Commission du cadastre. « L'identité est tenue pour vérifier si les signatures apposées au bas des bordereaux et des actes sous seings privés produits à l'appui de la réquisition, sont certifiées soit par le notaire, soit par le juge de paix du domicile du disposant ou de la situation de l'immeuble. »

concerne les actes rédigés à l'extérieur. La vérification du conservateur portera alors sur le nom et la qualité de l'agent instrumentaire, sans égard à l'identité des parties ;

b) pour les actes sous seings privés la vérification est faite par la légalisation de la signature, les actes sont présentés au conservateur rédigés et signés, les parties ne comparaissent pas devant lui pour signer les actes ou reconnaître leurs signatures.

Le texte de Madagascar prévoit le cas, relativement fréquent, où les indications concernant l'état civil portées dans l'acte sont incomplètes par rapport à celles portées sur le titre, la réquisition d'inscription doit alors être complétée par l'attestation de l'identité telle qu'elle figure au titre, sous forme d'acte de notoriété, une homologation judiciaire est prévue au cas où les indications ne coïncident pas avec celles du titre (art. 37).

2° *La capacité des parties.*

265. — Les énonciations relatives à la capacité figurant aux livres fonciers n'ont que la valeur de simples renseignements et ne dispensent pas la partie qui traite de rechercher en dehors du livre foncier s'il n'existe pas d'autres causes d'incapacité. Le conservateur ne saurait en effet connaître que les causes d'incapacité mentionnées dans les actes inscrits ou celles que les parties veulent bien lui déclarer. La loi a organisé un contrôle sur les pièces, mais n'a pas doté le conservateur de pouvoirs d'investigation instructionnels en la matière (4).

Par ailleurs, postérieurement à l'inscription, les textes fonciers n'ont pas organisé un mode de publication des incapacités qui peuvent survenir au titulaire du droit (mariage, interdiction, etc.), ce qui permet d'inférer que le législateur n'a pas l'intention de donner à ces mentions la force probante des autres inscriptions. C'est que la force probante des inscriptions n'a pas été instituée en faveur des parties, mais au profit des tiers, créanciers de l'acquéreur ou du sous-acquéreur.

Enfin, la nullité d'un acte passé avec un incapable lorsqu'elle est prononcée, produit tous ses effets entre les parties, même si la cause de l'incapacité ne figure pas au livre foncier, à la suite du

(4) C'est ce qui fait la supériorité de l'acte authentique, en matière notamment d'incapacité, car le notaire lui possède un pouvoir de vérification beaucoup plus étendu que celui du conservateur. Le contrôle purement formel en Tunisie est à ce point de vue particulièrement démonstratif. Art. 354 (mod. par décret du 17 octobre 1938 et par décret du 24 février 1964). « Les parties sont tenues pour capables par le conservateur si les renseignements prévus par l'article 343 *ter* de la loi ayant été fournies (nom, profession, domicile, nationalité, lieu et date de naissance et situation matrimoniale) aucune mention du titre de propriété ou des pièces produites ne lui a révélé une cause d'incapacité. » Repris par l'article 389 du Code des droits réels.

fait ou sans le fait du conservateur, mais en aucun cas elle ne rejaillira sur le tiers de bonne foi. Dans le premier cas, elle autorise seulement une action en responsabilité contre le conservateur.

Aussi reconnaît-on au conservateur un pouvoir de rejet. Le conservateur peut refuser d'inscrire une vente s'il apparaît dans l'inscription concomitante à l'immatriculation de l'immeuble que le propriétaire qui est mineur a opéré sans l'assistance du tuteur (5). Le rejet du conservateur peut faire l'objet d'un recours (*infra*, n° 272).

3° *L'inscription préalable du droit du disposant.*

266. — L'inscription du droit du disposant n'est pas à elle seule suffisante, contrairement au système français pour autoriser la publication du droit ; pour être inscrit le droit doit être encore tenu du titulaire de l'inscription précédemment prise (6), seul le dernier titulaire inscrit a le droit de disposer de son droit. Ainsi est évité le risque de la constitution de plusieurs chaînes de propriétaires (voir *supra*, n° 242).

Le moyen peut être relevé d'office par la juridiction (7).

4° *La disponibilité de l'immeuble.*

267. — L'inscription ne peut être prise que si l'immeuble est disponible. L'immeuble est tenu pour disponible, s'il n'existe au titre foncier aucune inscription de nature à le mettre d'une manière absolue ou relative, temporairement ou définitivement hors du commerce (9).

Les événements qui arrêtent le cours des inscriptions (commandement qui précède la saisie, faillite, liquidation ou règlement judiciaire, *supra*, n° 241), les dispositions de la loi (dotalité, droits d'usage et d'habitation, habous) ou encore les clauses des conventions qui rendent l'immeuble indisponible, sont de nature à mettre l'immeuble hors du commerce et à empêcher l'inscription.

Ainsi la clause stipulant le remploi du prix des immeubles, doit être révélée en même temps que la rectification de l'état civil résultant du mariage, car la clause de remploi est une restriction du droit de disposer puisque l'aliénabilité des propres de la femme est la règle. Si la clause n'est pas inscrite elle n'est pas opposable à l'acquéreur (10).

---

(5) Rabat, 3 juillet 1950.

(6) Tunisie art. 390 du Code, Maroc art. 39, Afrique occidentale art. 146, Madagascar art. 39.

(7) Cass., 19 janvier 1959 B.

(9) Tunisie art. 390 du Code, Maroc a 74, Afrique occidentale art. 147, Madagascar art. 40 du décret.

(10) Rabat, 26 novembre 1947, 1948, 257.

La question se pose de savoir si la promesse unilatérale de vente ne peut être assimilée à une modification du droit de disposition (*supra*, n° 227).

5° *La régularité de l'acte.*

268. — Le contrôle du conservateur peut s'exercer sur la forme extérieure de l'acte et aussi sur le fond, sur sa validité interne.

A vrai dire, l'exercice d'un contrôle au fond n'est pas sans présenter de grandes difficultés. « Une loi qui voudrait donner au conservateur des attributions judiciaires devrait mettre à sa disposition tous les éléments d'information et même instituer un débat contradictoire. Son fonctionnement n'irait pas sans de longs délais, ni sans grever les opérations de frais considérables. Il n'est pas besoin d'affronter tous ces écueils dès que l'inscription ne modifie pas par elle seule les droits respectifs des parties. » (11)

Au Maroc, cependant un contrôle étendu a été conservé. Le conservateur doit vérifier non seulement l'identité et la capacité du disposant et la régularité en la forme des pièces produites, mais aussi leur régularité au fond (art. 72, *supra*, n° 261).

En Afrique occidentale (art. 148) et à Madagascar (art. 41), il est expressément prévu que la vérification des actes est purement formelle, la vérification du fond de l'acte est prescrite (12).

Cependant les conservateurs en présence d'actes manifestement irréguliers et nuls au fond ont tendance à réagir et à refuser l'inscription. Mais la jurisprudence a toujours sanctionné leur intervention. C'est ainsi qu'elle a condamné le refus d'inscription d'un prêt hypothécaire consenti à un taux usuraire, comme le refus d'inscrire un procès verbal d'adjudication parce que la procédure était nulle, les poursuites reposant sur un acte de prêt non enregistré (13).

Cette attitude reste à l'honneur du corps des conservateurs. Aussi la solution qui nous paraît la plus satisfaisante a été donnée par la Tunisie. Aux termes de l'article 354 de la loi tunisienne per-

(11) *P.V. Commission du cadastre*, livre 9, p. 132.

(12) Civ., 16 juin 1909, Sir. 1910, I, 25 et la note sur le rôle passif du conservateur. La Chambre civile casse un arrêt qui condamnait le conservateur de la propriété foncière à restituer à un syndic de faillite les salaires perçus à l'occasion d'une inscription hypothécaire prise en vertu de l'article 490 du Code de commerce au profit de la masse des créanciers par le motif que le conservateur n'aurait pas du procéder à l'inscription de cette hypothèque qui n'avait pas d'existence légale à Madagascar. La Cour de cassation estime que le conservateur n'avait pas le droit de refuser l'inscription demandée. La solution serait différente aujourd'hui où l'article 22 de l'ordonnance nouvelle supprime expressément l'hypothèque judiciaire, ce que n'avait pas fait le décret de 1897. Le conservateur doit maintenant refuser l'inscription et s'il l'acceptait, il n'aurait droit à aucun émolument (art. 67 du décret d'application).

(13) C.M., 1er mars 1944 ; C.M., 9 septembre 1943.

met en effet au conservateur non seulement de vérifier la forme des actes, mais aussi de rejeter les actes ouvertement illicites (*supra*, n° 261).

Le contrôle du conservateur reste donc en principe limité, c'est ce qui explique en partie que les inscriptions qui suivent l'immatriculation n'ont qu'une valeur probante relative tandis qu'en Australie, le contrôle en profondeur exercé par le conservateur sur les actes leur donne une force probante égale à celle des mentions de la première immatriculation, toute action réelle est refusée contre le droit inscrit.

Mais le contrôle du conservateur ne s'exerce pas arbitrairement et son refus d'inscrire peut faire l'objet d'un recours (*infra*, n° 271).

Section II

LA RESPONSABILITÉ DU CONSERVATEUR

Le conservateur a des obligations, s'il ne les respecte pas sa responsabilité peut être mise en cause. En outre, dans certains pays, un fonds d'assurance garantit les tiers lésés.

I. — Les obligations du conservateur

269. — Le conservateur est tenu à des obligations professionnelles strictes :

1° Il doit opérer toutes les inscriptions utiles en se conformant à la loi, sans en omettre une seule.

Toutes les inscriptions sont portées, radiées, réduites ou rectifier par le conservateur au moyen de mentions sommaires faites sur les livres fonciers et sur les duplicata correspondants.

Chaque inscription doit mentionner la date à laquelle elle est effectuée et être signée du conservateur, cette signature est la garantie de son authenticité. Cependant seul le texte du Maroc la prescrit (art. 75) à peine de nullité.

Seule la loi tunisienne n'exigeait pas à l'appui d'une demande d'inscription, la production d'un écrit, acte ou bordereau parce qu'ils étaient mal rédigés et presque toujours inutilisables. Le décret du 24 février 1964 tenant compte du développement social et du développement de l'instruction vient de rétablir l'exigence du dépôt d'un acte écrit (art. 362 repris sous l'art. 375 du Code des droits réels) supprimée lors de la réforme de 1892. La tâche du conservateur reste ardue pour traduire en termes précis des actes souvent informes. L'institution d'une mesure analogue à celle que viennent de prendre un certain nombre d'Etats d'Afrique noire rendant obligatoire la présentation d'un acte authentique allègerait la tâche des conservateurs tunisiens et réduirait les erreurs.

Hors les cas prévus par les textes, le conservateur ne peut ni refuser, ni retarder une inscription régulièrement demandée, ni la délivrance du duplicata d'un titre foncier. Le nouveau texte de Madagascar prévoit un délai pour la délivrance des copies de titres d'actes ou de certificats de non inscription (art. 67).

Ceci suppose que le requérant observe les prescriptions légales et paie les droits et taxes d'inscription, à défaut de quoi, le conservateur peut refuser l'inscription.

2° Le conservateur doit rejeter les réquisitions irrégulières ou les demandes d'inscriptions non conformes.

Réquisition d'immatriculation.

270. — Dans les pays où l'immatriculation est administrative, le conservateur peut refuser de faire droit à la demande d'immatriculation, soit à raison de l'irrégularité de la demande, soit de l'insuffisance des titres. Sa décision est susceptible de recours devant les tribunaux (Maroc art. 96 — Afrique occidentale art. 169).

Demandes d'inscription.

271. — Le conservateur peut dans certains cas refuser l'inscription d'une mention :

1° Le conservateur doit refuser d'inscrire un droit qui n'existe pas sur les immeubles immatriculés, telle une hypothèque légale ou un privilège.

2° le conservateur doit rejeter une réquisition d'inscription lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions légales concernant l'identité et la capacité des parties, la disponibilité de l'immeuble entre les mains du disposant ou lorsque l'acte à inscrire n'est pas régulier en la forme ou au fond, pour ce dernier cas, au Maroc.

3° Le conservateur doit rejeter une réquisition relative à un droit qui n'est pas tenu directement du titulaire de l'inscription précédemment prise.

4° Le conservateur doit refuser toute inscription à défaut de production du duplicata ou du titre par le porteur, il peut cependant procéder d'office à l'inscription sur le titre seulement au cas de saisie immobilière ou d'inscription forcée, mais avec sommation de déposer le duplicata au bureau de la conservation, en refusant toute inscription jusqu'à ce que la concordance soit rétablie et avec déchéance légale du titre entre les mains du porteur jusqu'au rétablissement de la concordance.

Le rejet n'est pas définitif, le conservateur peut subordonner l'inscription à la rectification des écrits ou à la production des pièces justificatives complémentaires et surseoir jusqu'à ce que satisfaction lui soit donnée.

Le requérant doit pouvoir être protégé de son côté contre l'arbitraire du conservateur.

Recours contre le rejet du conservateur.

272. — Lorsque le conservateur refuse d'inscrire un droit réel ou d'opérer une radiation ou encore rejette une réquisition en Afrique occidentale (art. 169) ou au Maroc (art. 96), en invoquant l'irrégularité de la demande ou l'insuffisance des titres, le requérant n'est pas pour autant désarmé.

Toutes les législations foncières ont réservé aux intéressés un recours judiciaire plus ou moins étendu. Au Maroc le recours est porté devant le tribunal de première instance qui rend un jugement, susceptible d'appel et de pourvoi en cassation (art. 96), en Afrique occidentale, la procédure est simplifiée et accélérée, c'est le président du tribunal qui est saisi et qui statue par voie d'ordonnance motivée et sans frais, le conservateur est tenu de s'y conformer. A Madagascar, le décret du 28 décembre 1960 reprenant d'ailleurs sur ce point les dispositions du décret du 4 mars 1911 (art. 164) autorise la saisine du président du tribunal par voie de référé. L'ordonnance rendue est exécutoire par provision.

En Tunisie, la loi du 2 février 1964, en instituant le tribunal immobilier, a confié au président de cette juridiction (art. 1er) le pouvoir de donner toutes les autorisations nécessaires en vue de faciliter l'accomplissement des formalités exigées par la loi et tendant à obtenir une inscription, une radiation, une rectification ou une réduction d'inscription. Le président est saisi à l'aide d'une procédure simplifiée par mémoires présentés par les parties, les ordonnances rendues sont dispensées d'enregistrement et de toute signification. Elles sont immédiatement exécutoires et n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Cette dernière expression signifie sans doute qu'elles laissent intacts les droits des parties.

La solution marocaine de la saisine du tribunal au lieu du chef de la juridiction est trop lourde pour une matière essentiellement urgente.

Précisément à raison de l'urgence, exceptionnelle que présente souvent l'inscription d'un droit, il a été institué à Madagascar, un mode de garantie spécial, original, des droits du requérant dans cette hypothèse, sous la forme d'une prénotation particulière.

Il convient de ne pas confondre cette prénotation prévue à l'article 69 du décret d'application, avec une autre prénotation qui a pour but de sauvegarder l'existence d'un droit contesté en justice qui sera étudié plus loin (*infra*, n° 292 et suiv.) où le titulaire inscrit s'oppose à l'inscription du droit litigieux. Ici, ce n'est plus le titulaire inscrit qui s'oppose à une inscription nouvelle, mais c'est le conservateur, responsable de la régularité des inscriptions prises qui s'oppose, contre le gré des parties, à l'inscription parce que le dossier qui accompagne la demande n'est pas complet ou est irrégulier.

Lorsque dans ces conditions le conservateur exige préalablement à l'accomplissement de la formalité, la rectification d'écrits ou la production de justifications complémentaires, l'ajournement de l'inscription pendant le temps nécessaire à la régularisation, si court soit-il peut aboutir à des conséquences irréparables, le requérant peut se voir primer entre temps par un tiers dont le dossier est en état ou par un créancier saisissant.

Pour parer à ce danger, le législateur malgache a prévu la possibilité, sur réquisition écrite de l'une des parties ou de son mandataire, de procéder à une inscription provisoire ou prénotation ; cette mesure garantit le titulaire du droit à inscrire contre tout danger d'éviction pendant le temps où il se met en règle. Cette prénotation est périmée dans le délai de 20 jours, à moins que dans ce délai, une demande en référé ne soit introduite. A l'expiration de ce délai de 20 jours le conservateur doit, si les rectifications et les justifications ne sont pas produites, annuler la prénotation.

Si, au contraire, les justifications et les rectifications sont produites, l'inscription est définitivement prise, mais ses effets rétroagissent au jour de la prénotation.

Cette garantie, fort utile, n'a pas été encore appliquée dans les autres pays.

II. — La responsabilité générale du conservateur

273. — La responsabilité du conservateur peut être engagée à l'occasion de ses fautes professionnelles.

L'Act Torrens prévoit lui-même (art. 128) la possibilité d'intenter une action en indemnité contre le Registral General en cas d'erreur ou d'omission de la part de celui-ci ou de ses employés, mais en Australie l'Etat substitue sa responsabilité à celle du conservateur et paye pour lui, en débitant le fonds d'assurance, hormis le cas où la faute est volontaire.

Autrefois, dans le pays d'outre-mer le conservateur était déclaré responsable personnellement du préjudice résultant de ses fautes (14). Mais une évolution paraît s'amorcer dans ce domaine depuis l'Indépendance, on assiste, au moins pour certains pays au dégagement de cette responsabilité. C'est ainsi que l'ordonnance malgache du 19 septembre 1962 modifiant l'article 128 donne un caractère subsidiaire à la responsabilité du conservateur en décidant qu'il ne pourra être appelé en responsabilité qu'après jugement de l'action des parties entre elles et sur justification de l'insolvabilité des dites parties contre lesquelles le demandeur aura obtenu une décision définitive et épuisé les moyens d'exécution. En outre, la responsabilité du conservateur est limitée à la proportion des prix ou valeurs

(14) Tunisie art. 377, Maroc art. 97, Afrique occidentale art. 170, Madagascar art. 171.

portés dans les actes inscrits ou déclarés dans les demandes d'inscription.

De même en Tunisie, la loi du 27 février 1964 (15) est intervenue pour substituer expressément la responsabilité de l'Etat à celle du conservateur dans les cas où elle pouvait être recherchée, rejoignant la solution donnée de l'Act Torrens, mais, sans exclure toutefois comme lui, la faute volontaire du conservateur, hypothèse d'école, bien sûr.

Les cas particuliers de responsabilité.

274. — Le conservateur ne peut être assigné en responsabilité que personnellement et il doit être nommément désigné, et c'est la responsabilité du conservateur en fonction au moment des faits qui seule peut être engagée, peu importe qu'il ne fut pas titulaire de la charge à l'époque et qu'il ne fut pas du cadre (16).

La responsabilité du conservateur peut être engagée dans trois cas :

1° En cas d'omission sur les registres de la conservation foncière des inscriptions régulièrement requises.

2° En cas d'omission sur le duplicata ou sur les copies des inscriptions portées sur le titre, sauf cas de force majeure.

L'immeuble à l'égard duquel, le conservateur aurait omis dans le duplicata du titre de propriété ou dans les certificats, pour tous les pays, sauf Madagascar, un ou plusieurs droits inscrits qui devaient y figurer legalement, en demeure affranchi dans les mains du nouveau possesseur, sauf la responsabilité du conservateur ou de l'Etat en Tunisie (17).

Néanmoins, cette disposition ne préjudicie pas aux droits des créanciers hypothécaires de se faire colloquer suivant l'ordre qui leur appartient, tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou tant que l'ordre ouvert entre les créanciers n'est pas devenu définitif (18).

3° En cas de défaut de mention, savoir, sur les titres fonciers des inscriptions affectant directement la propriété ou l'enzel (en Tunisie), et dans les certificats, d'une ou plusieurs inscriptions existantes, à moins que le conservateur ne se soit exactement con-

(15) Reprise sous l'article 402 du Code des droits réels.

(16) Un inspecteur de l'enregistrement ne saurait pour tenter d'éluder la responsabilité qu'il encourt à raison de la perte d'un dossier, soutenir qu'étant fonctionnaire et qu'aucune faute détachable de sa fonction n'étant établie ou alléguée contre lui, les tribunaux judiciaires seraient incompétents pour connaître de l'action introduite contre lui, puisqu'il n'était pas en la circonstance soumis à la réglementation particulière à la charge du conservateur. Cass. civ., 5 oct. 1959, Bull. 1959, I, 317.

(17) Tunisie art. 403 du Code, Maroc art. 98, Afrique occidentale art. 172, Madagascar art. 127.

(18) Madagascar art. 127.

formé aux réquisitions des parties ou que le défaut de mentions provienne des désignations insuffisantes qui ne pourraient lui être imputées.

Au Maroc, le conservateur est encore rendu responsable des irrégularités et des nullités d'inscription, mention, prénotation ou radiation portées au livre foncier (art. 97).

En fait, il s'agit de la reproduction « mutatis mutandis » des cas de responsabilité du conservateur des hypothèques en France tels qu'ils sont prévus aux articles 2197 et 2198 du Code civil. La responsabilité du conservateur n'est autre en réalité que la responsabilité délictuelle de droit commun dont le cadre est tracé par les articles 1382 et 1383. La faute du conservateur et le préjudice doivent être démontrés. Cependant, à ce point de vue, il convient de retenir que chaque fois que le conservateur obéit aux règles de ses fonctions, il ne peut être réputé en faute. En particulier, il appartient au contractant de vérifier lui-même l'identité et la capacité de celui avec lequel il traite.

A raison de la complexité et de la délicatesse de la tâche du conservateur, la jurisprudence admet que sa responsabilité ne peut être engagée que s'il est établi, en ce qui concerne au moins les erreurs de droit, qu'il a agi avec légèreté. Il nous paraîtrait souhaitable de réviser les textes en s'inspirant de la solution libérale de l'Act Torrens qui substitue la responsabilité de l'Etat à celle du conservateur, hormis le cas de faute volontaire ou lourde.

III. — Le fonds d'assurance

275. — L'Act Torrens prévoyait la constitution d'un fonds d'assurances alimenté par une très faible taxe perçue lors de l'immatriculation de l'immeuble, destiné à garantir le Registrar General. En cas d'insuffisance du fonds d'assurance, l'Etat devait intervenir. En fait, les recours se sont révélés très rares (*supra*, n° 13).

A l'exemple de l'Act Torrens, le législateur marocain a institué un fonds d'assurance destiné à garantir, en cas d'insolvabilité du conservateur le paiement des sommes auxquelles il serait condamné envers la partie lésée (art. 100).

Partout ailleurs, il n'existe pas de fonds d'assurance.

A Madagascar et en Afrique occidentale, les conservateurs sont tenus de fournir un cautionnement pour garantir le paiement des sommes dues tant aux parties qu'au Trésor public ; l'affectation de ce cautionnement est maintenue dix ans après la cessation de leurs fonctions (Afrique occidentale art. 177, Madagascar art. 130). A Madagascar, une rémunération spéciale du conservateur est prévue à raison de la responsabilité qu'il encourt.

Mais les tiers ne sont protégés que contre les défaillances du conservateur de la propriété foncière, sans qu'aucune garantie soit prévue au cas d'insolvabilité de celui par la fraude ou la faute

duquel une personne est privée d'un droit réel ou d'un immeuble (sauf au Maroc art. 100).

Le système de l'Act Torrens est à ce point de vue plus satisfaisant. Le fonds d'assurance qu'il institue garantit non seulement les tiers contre les erreurs et les omissions du service, mais également contre la fraude ou la faute d'un tiers qui prive une personne d'un immeuble ou d'un droit réel, lorsqu'il est insolvable, l'action se prescrit dans le délai de six ans (art. 127). Ce système achève la garantie apportée par le système et apparaît comme le corollaire indispensable de la purge des droits antérieurs et de la force probante des inscriptions au profit des tiers.

En Tunisie, un fonds d'assurance avait été institué à l'origine destiné à indemniser « toute personne qui se trouverait lésée par l'immatriculation d'un immeuble ou l'inscription d'un droit réel ». Mais en 1892, ce fonds d'assurance a été supprimé sur l'opinion erronée que si cette garantie se justifiait en Australie où l'immatriculation était l'œuvre d'un fonctionnaire qui pouvait commettre des erreurs, ce risque était écarté en Tunisie par l'intervention d'une juridiction dont les décisions étaient inattaquables (19). Ce précédent a sûrement influencé les législateurs malgache et africain, car la Commission du cadastre avait préconisé la création d'un fonds d'assurance (20).

En Indochine avait été créé un fonds d'assurance pour indemniser les tiers lésés, à la suite d'une inexactitude, non imputable au conservateur (à la différence du texte marocain). L'organisation de cette garantie avait été prévue d'une manière très détaillée (art. 418 et suiv.). Une disposition de sûreté décidait que le fonds ne peut être tenu de payer une somme supérieure à son encaisse.

Il serait souhaitable qu'un fonds d'assurance soit partout constitué. Il serait destiné non seulement à garantir le conservateur au cas où sa responsabilité pourrait être engagée, mais aussi à garantir les tiers contre les conséquences dommageables de la perte de leur droit par le jeu des règles de la publicité foncière.

(19) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 112.
(20) Art. 74 de l'avant-projet.

CHAPITRE IV

LA FORCE PROBANTE

En droit français, la publicité ne couvre pas en matière immobilière l'absence de droit. Elle a seulement pour effet de régler par la priorité donnée au premier inscrit le conflit qui peut exister entre ayants cause d'un même auteur. Au contraire, sous le régime des livres fonciers, la publicité qui se confond avec l'inscription prouve l'existence du droit qu'elle concerne.

L'inscription est le mode de preuve de la propriété immobilière. De même qu'en matière mobilière, la possession vaut titre, en matière immobilière, l'inscription vaut titre.

L'autorité reconnue à l'inscription en ce domaine varie selon le système adopté. Mais dans les pays d'outre-mer francophones, le mécanisme de la force probante, à quelques nuances près, est partout le même, il a été encore amélioré par l'institution de la prénotation.

Section I

Les différents systèmes

Dans le domaine de la force probante, il existe deux grands systèmes, le système de la force probante absolue et le système de la force probante relative de l'inscription.

I. — Le système de la force probante absolue

276. — C'est le système de l'Act Torrens. Il se singularise en reconnaissant aux mentions postérieures à l'immatriculation, le

même degré de force probante qu'aux mentions portées sur le registre foncier lors de l'immatriculation de l'immeuble.

Sous le régime de l'Act Torrens, le certificat d'immatriculation délivré après chaque mutation de droits sur l'immeuble résiste à toute action, quelqu'en soit le fondement juridique et par suite confère un droit irrévocable vis-à-vis des parties comme des tiers. Tous les vices qui pouvaient affecter le transfert des droits réels entre parties sont purgés et, il n'est plus possible de revenir sur le transfert de propriété.

Pour Torrens, l'inscription ne se distingue guère de l'immatriculation. Un transfert de propriété lui apparaît comme la délivrance d'un nouveau titre destiné à remplacer l'ancien et la priorité de la délivrance du certificat — qui correspond à notre inscription — entraîne la priorité du droit, et le certificat remis est inattaquable hors quelques exceptions légales limitativement énumérées (*supra,* n° 144). L'acquéreur mis en possession de son titre a une sécurité analogue à celle dont jouissait le constituant après avoir fait immatriculer sa propriété : « Le titre traverse sans jamais épuiser sa valeur originelle toute la série des mutations à venir, ayant entre les mains des porteurs successifs la même force probante qu'entre les mains du premier titulaire. » (1)

L'inscription devient un mode d'acquisition abstrait qui, même entre parties, affranchit le détenteur du titre de toute action révocatoire et lui donne une sécurité absolue.

II. — Le système de la force probante relative

277. — Le système de la force probante absolue de l'inscription offre l'avantage de fournir un titre indiscutable à son possesseur, mais cette sécurité n'est obtenue qu'en sacrifiant les droits de tous ceux qui peuvent être lésés par le transfert. Elle peut aboutir à des spoliations, car si l'on peut reconnaître une valeur absolue aux droits conférés par l'immatriculation, c'est qu'elle est précédée d'une publicité préalable qui permet aux intéressés de les contester et d'en révéler les vices, le cas échéant. Aucune garantie de cette nature n'est offerte pour les mutations postérieures, elles s'effectuent sans publicité, clandestinement, peut-on dire. Même doté des pouvoirs les plus étendus, le conservateur est dans l'incapacité d'exercer sur ces transferts un contrôle approfondi et complet.

Aussi, les législations d'outre-mer ont-elles adopté un autre principe, celui de la force probante relative des inscriptions qui tire son origine de la loi prussienne de 1872 (2).

---

(1) Besson, *op. cit.*, p. 347.

(2) Art. 9 : « Toute inscription de la propriété pourra être attaquée conformément aux règles du droit commun. Si l'inscription est annulée, cette annulation ne nuira pas aux tiers, qui sur la foi de l'inscription, auraient acquis des droits sur l'immeuble à titre onéreux et de bonne foi.

Ce système admet la possibilité de l'annulation de l'inscription prise lorsqu'elle est affectée d'un vice. Cette annulation produit entre parties tous ses effets. Entre parties, en effet, c'est la convention qui prouve le droit et qui le fonde. Il n'y a pas plus de raison d'attribuer à l'inscription le pouvoir de purger les vices des conventions ou d'en corriger les insuffisances qu'il n'y aurait en matière mobilière d'attribuer ces effets à la mise en possession. C'est la loi des contrats qui veut que celui qui prend la responsabilité de traiter s'assure préalablement que son interlocuteur donne un consentement valable.

Par contre, l'annulation de l'inscription prononcée ne rejaillit pas sur les tiers. De sorte que à la différence du droit français qui par application de l'adage : « nemo dat quod non habet » autorise le recours contre tous les ayants cause successifs, la sécurité des transferts est assurée avec le régime des livres fonciers, sous réserve, ainsi que nous le verrons, que les tiers soient de bonne foi.

Entre parties, donc, l'inscription demeure uniquement tributaire du sort et de l'existence de la convention qu'elle relate et celle-ci reste soumise quant à sa validité aux règles de droit commun maintenues par les textes fonciers, mais les tiers qui se sont inscrits de bonne foi ne peuvent être inquiétés.

Entre ces deux systèmes, il existe cependant des points communs. Dans l'une et l'autre conception, l'inscription prise fait preuve du droit qu'elle relate. De même, sous le régime de la force probante relative comme sous le régime de la force probante absolue, la protection des tiers est assurée contre la constitution de droits clandestins, même au cas où le tiers connaît au moment où il traite et s'inscrit l'existence d'un droit qui lui est préférable. Dans un cas comme dans l'autre, son droit reste opposable à celui dont le droit n'est pas inscrit (3).

Par ailleurs, les deux systèmes fonciers admettent aussi pour limite la fraude dont ils ont une conception identique : ainsi lorsqu'un tiers, à la suite d'un concert frauduleux, utilise la formalité pour dépouiller un autre, la règle ne joue plus, celui qui s'est inscrit ne peut se prévaloir à l'encontre de celui qui n'est pas inscrit, de son inscription frauduleuse. A ce sujet, il est assez singulier de relever que cette dérogation est prévue par l'Act Torrens, pourtant réputé plus rigoriste (4) tandis que dans les pays d'outre-mer, c'est la jurisprudence qui, en s'aidant des principes généraux, a dû dégager la règle non écrite.

Mais le parallélisme cesse et le système de la force probante relative se sépare du système de la force probante absolue, lorsqu'il

(3) Art. 33 de la loi de l'Australie du Sud : « Tout certificat de titre fait foi en justice de son contenu et fait preuve que la personne désignée est réellement investie des droits qui y sont spécifiés. »

(4) Voir art. 123 sous n° 10, *supra*, note 3.

admet que l'inscription n'est plus inattaquable, mais peut être annulée ou modifiée conformément aux règles du droit civil et décide que l'annulation prononcée a effet entre les parties et dans certains cas même contre les tiers.

Section II

Le mécanisme de la force probante

Le mécanisme de la force probante adopté en général outremer peut se résumer ainsi :

1° Aucun droit n'existe à l'égard des tiers s'il n'a été inscrit sur les livres fonciers ;

2° le droit inscrit fait preuve de son existence à l'égard des tiers ;

3° les parties peuvent attaquer les actes qui les concernent même s'ils ont été inscrits, mais les annulations et résolutions de droits inscrits sont sans effet à l'égard des tiers, s'ils sont de bonne foi.

Il importe de distinguer avec soin les tiers pour lesquels l'inscription offre un effet probant indiscutable s'ils sont de bonne foi des parties pour lesquelles l'inscription n'en présente aucun.

I. — Distinction des parties et des tiers

278. — Les parties ont été précédemment définies (*supra*, n° 245) celles qui figurent personnellement dans l'acte ou qui y ont été représentées, et les tiers (*supra*, n° 248), les compétiteurs à un droit garanti sur le même immeuble et qui n'ont pas figuré dans l'acte et n'y ont pas été représentés. La confusion est venue parfois entre les parties et les tiers protégés du fait qu'une partie qui s'est inscrite devient un tiers pour ceux qui sont étrangers à l'acte qui a donné naissance à son droit, ce qui fait que lorsque l'acte est attaqué par eux, certaines décisions, ont cru devoir reconnaître à la partie la qualité de tiers inscrit.

La confusion s'est produite particulièrement en matière de faillite (5). Elle a été facilitée par la double qualité de la masse. En

(5) C'est ainsi qu'un arrêt de cour d'appel (C.M., 18 juillet 1934, Pen 1936, 296) a cru devoir prononcer l'annulation d'hypothèques consenties pendant la période suspecte par le failli au profit de certains créanciers au motif que « ces créanciers connaissaient à la date des prêts hypothécaires, l'état de cessation de paiement du failli et qu'ils ne pouvaient donc prétendre à *la qualité des tiers inscrits de bonne foi* protégé par l'article 46 du décret du 4 février 1911 ». Le tiers de bonne foi n'est pas celui qui a traité avec le failli, qui reste une partie à l'acte, mais celui qui sur le vu de l'inscription prise par celui-là, contracte avec le titulaire du droit inscrit, et inscrit à son tour son droit.

effet la masse des créanciers est l'ayant cause du débiteur en tant qu'elle exerce les droits de celui-ci, en ce sens, elle doit être considérée comme une partie, mais lorsqu'elle se prévaut de droits qui lui sont propres, la masse est au contraire un tiers vis-à-vis du débiteur (6). Cette dernière qualité ne lui interdit pas d'attaquer les actes passés par le failli lorsqu'ils sont annulables d'après le droit des faillites, même s'ils ont fait l'objet d'une inscription (6). La loi foncière n'a jamais limité le droit d'attaquer les inscriptions aux parties seules, elle n'a pas porté atteinte aux dispositions des codes qui autorisent l'action des tiers (voir *infra*, n° 286). Les ayants cause immédiats du failli sont passibles des actions suivant les données du Code de commerce, car il est évident que ce n'est pas l'inscription qui pouvait les déterminer à faire avec le failli des actions contraires aux intérêts de ses créanciers.

La garantie apportée par le régime foncier n'est pas en cause. Elle assure aux tiers la réalité des droits inscrits au vu desquels ils ont traité, mais non pas la validité des actes qu'ils passent eux-mêmes et qui restent régis par le droit commun.

Par contre, la position des sous-acquéreurs est autre, car ils peuvent ignorer que le droit de leur auteur est annulable à raison de la cession de paiement ou du dessaisissement du failli (7).

---

(6) Un arrêt de la Cour Suprême a décidé pour la Tunisie (Cass., 7 décembre 1926, R.A. 1927, 2, 159 et la note Labbé) qu'un syndic de faillite pouvait faire annuler les actes translatifs de propriété immobilière à titre gratuit passés par le failli pendant la période suspecte : « En effet si d'après l'article 16 de la loi foncière, l'existence d'un droit réel résulte à l'égard des tiers de son inscription sur le titre foncier, *aucune disposition de la loi n'attache à la formalité la conséquence d'effacer entre parties contractantes*, les vices dont peut être entachée la convention, l'annulation de l'inscription étant expressément prévu par le texte précité, ainsi que les articles 53, 54, sous réserves toutefois que l'annulation ne pourra être opposée aux tiers de bonne foi. »

On a reproché à la Cour Suprême (Ch. Ambialet, *Des effets de la force probante de l'inscription au titre foncier*) d'avoir confondu les principes sus énoncés en considérant le syndic qui poursuit au nom de la masse une donation faite par le failli pendant la cessation de paiement comme une partie à l'acte, alors que se prévalant d'un droit propre à la masse, il ne pouvait agir qu'en qualité de tiers et qu'en cette qualité l'inscription lui était opposable.

La méprise est ici très nette. Tout d'abord la Cour de cassation ne dit pas que le syndic agit en la cause en qualité de partie à l'acte, mais que l'inscription n'a pas pour conséquence d'effacer entre les parties contractantes les vices dont peut être entâchée la convention, ce qui est différent, à l'exception faut-il ajouter, de ceux qui, pour les tiers de bonne foi, résulteraient de l'absence de droit du titulaire inscrit.

D'autre part, dans le cas d'espèce, l'existence et la réalité des droits du donateur sur l'immeuble n'étaient pas en cause, bien au contraire, c'est l'acte de donation même qui est attaqué par un tiers par ce que le donateur dont les droits étaient régulièrement inscrits, n'avait pas le pouvoir d'en disposer à titre gratuit.

(7) Massigli, *op. cit.*, n° 218 *ter*.

Comment pratiquement distinguer les tiers qui sont protégés, des parties qui ne le sont pas ?

On peut dire que chaque fois que l'acte qui sert de base à une inscription, est attaqué à raison d'un vice qui lui est propre, mais sans que soit mise en cause la validité des droits constatés par les inscriptions antérieures dont il procède, le titulaire du droit acquis est une partie à l'acte qui doit répondre de sa validité selon les règles du droit commun, sans jouir d'aucune immunité particulière; lorsqu'au contraire l'inscription est attaquée indirectement pour le motif que le droit antérieurement inscrit et sur lequel elle repose, a été annulé ou modifié, le titulaire du droit inscrit prend la qualité de tiers et jouit alors de la protection légale, en prouvant simplement qu'il s'est inscrit de bonne foi.

II. — Force probante de l'inscription entre les parties

279. — L'inscription n'a entre les parties, en principe, aucune valeur probante, c'est l'acte, la convention ou le jugement qui lui sert de base qui fait preuve entre elles. L'inscription ne vaut que ce que vaut le titre, le fait juridique dont elle procède. S'il est atteint d'un vice, l'inscription est annulable et si l'acte est annulé, l'inscription est par voie de conséquence rayée. S'il existe une divergence entre le titre et les mentions portées dans l'inscription, c'est l'inscription qui doit être rectifiée. Réciproquement la nullité de l'inscription pour vice de forme, n'affecte pas la validité de l'acte qu'elle relate (8). La publicité, c'est-à-dire, l'inscription, n'est faite que pour les tiers.

Les inscriptions ne peuvent donc, si la démonstration du droit qui en est le support ne peut être apportée, constituer un titre quelconque au profit de celui qui en bénéficie (9).

Au Maroc, on admet cependant que les énonciations de l'inscription sont présumées exactes et que tout droit inscrit postérieurement à l'établissement du titre foncier jouit d'une présomption d'existence et de validité. Mais entre parties la présomption n'est pas irréfragable (10).

D'une façon plus générale, au cas où le titre serait perdu ou égaré, il y aurait lieu d'appliquer la jurisprudence française sur les effets probatoires de l'enregistrement et de décider que l'inscription de l'acte constitue une présomption en vue d'établir l'existence du titre égaré (11), ou un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil (12).

---

(8) C.A.M. n° 262 du 8 septembre 1960.
(9) C.M., 9 mars 1943.
(10) Rabat, 2 mars 1935, Pen Mar. 1937, 9.
(11) Civ., 30 juin 1931. Revue de l'enregistrement 7360.
(12) Req. 18 janvier 1904, D.P. 1904.1.295. Semaine juridique 1947, n° 4090 et la note.

III. — De l'autorité de l'inscription à l'égard des tiers

280 — L'autorité de l'inscription à l'égard des tiers dépend de la valeur probante de l'inscription à leur endroit et de la durée de ses effets.

A. — Valeur probante de l'inscription à l'égard des tiers

Trois règles sanctionnent la valeur probante de l'inscription à l'égard des tiers :

1° Aucun droit réel n'existe à l'égard des tiers s'il n'a fait l'objet d'une publication.

281. — C'est l'aspect négatif du principe de la force probante. Ce problème a déjà été rencontré lors de l'étude des effets de l'absence de publicité (*supra,* n° 249). L'absence de publicité se confond en effet avec l'absence de preuve du droit immobilier sous le régime des livres fonciers.

Il suffit d'en rappeler les principes.

Le droit non publié n'existe pas. Le régime des livres fonciers se sépare ici du régime foncier français. En France, en effet, les droits non publiés, clandestins, peuvent être validés à l'encontre d'un tiers qui a publié, si ces droits n'ont pas été consentis par le même auteur (*supra,* n° 2). Sous le régime des livres fonciers, ce danger n'existe pas pour le tiers qui a publié de bonne foi, les droits non inscrits sont sans valeur.

2° Le droit publié fait preuve de son existence vis à vis des tiers.

282. — C'est l'aspect positif du principe.

A la différence du droit français qui n'attache à la publicité aucune valeur probante (*supra,* n° 4), le régime des livres fonciers pose en principe que le droit publié fait preuve de son existence sans qu'il soit nécessaire que son titulaire ait recours à d'autres éléments de preuve, la propriété s'incorpore à l'inscription et le propriétaire du titre est propriétaire du droit, comme les titulaires d'autre droit inscrit sont au regard des tiers réellement titulaires de leur droit. C'est la supériorité du système des livres fonciers.

Presque toutes les législations outre-mer proclament en termes particulièrement vigoureux la force probante de l'inscription : « Tout droit réel immobilier n'existe à l'égard des tiers que par le fait et du jour de son inscription. L'annulation de cette inscription ne pourra en aucun cas être opposée aux tiers de bonne foi. » (13).

(13) Tunisie, art. 305 du Code des droits réels — Maroc, art. 66 du dahir de 1913 et 3 du dahir de 1915 — Afrique Occidentale, art. 21 — Madagascar, art. 99 et 123.

L'autorité reconnue à l'inscription se justifie d'une part, par la certitude de l'identité de l'immeuble et de ses limites apportées par l'immatriculation, d'autre part, postérieurement, par l'intervention du conservateur qui contrôle l'identité des parties et la régularité en la forme de l'acte à inscrire.

Cependant cette autorité peut-être remise en cause par l'annulation ou la résolution du droit inscrit. Ainsi que nous l'avons vu, le droit inscrit reste exposé aux actions des parties qui peuvent aboutir à son anéantissement. L'annulation ou la résolution prononcée produit un effet rétroactif. Cet effet rétroactif peut donc porter atteinte aux droits des tiers postérieurement inscrits. La force probante de l'inscription est alors en cause.

A vrai dire, s'il s'agit d'une cause de revendication inscrite dans un acte antérieur, régulièrement publié, il est normal qu'elle soit opposable aux tiers puisqu'ils ont pu en prendre connaissance avant de traiter, comme il est normal que, si cette cause de revendication inscriptible, n'a pas en fait été inscrite, ses effets n'en soient pas opposables aux tiers, c'est le jeu ordinaire des règles de la publicité qui reçoit en l'occurrence application.

Mais que décider par contre, si la cause de revendication n'est pas susceptible d'énonciation dans l'acte, et, par voie de conséquence ne peut être inscrite, tel un vice comme l'erreur, le dol, la violence ?

Une première solution consiste à décider que la cause de revendication, bien qu'elle ne soit pas publiée, reste opposable aux tiers qu'ils soient de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils ignorent son existence lorsqu'ils traitent, ou qu'ils soient de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'ils en aient connaissance, c'est le système français. En France, la publicité ne couvre jamais l'absence de droit pour quelque cause que ce soit, l'annulation ou la résolution d'un acte, rejaillit en chaîne jusqu'au tiers qui même de bonne foi a publié. L'éviction de ce dernier, ou même la simple éventualité de son éviction, suffit à retirer la foi que l'on peut avoir dans la publicité.

Une seconde solution limite la portée de ces actions et décide qu'elles ne rejailliront que sur les tiers de mauvaise foi, les tiers de bonne foi étant protégés, c'est la solution des livres fonciers dont il convient d'approfondir le mécanisme.

3° Les actions en nullité ou en résolution non inscrites sont sans effet à l'égard des tiers de bonne foi.

Il ne s'agit plus ici d'une inscription omise (*supra,* n° 249 et suiv.), mais d'une inscription réellement prise dont l'acte qu'elle relate est atteint d'un vice qui l'affecte en tout ou en partie.

283. — Toutes les actions en nullité ou en résolution sont en principe recevables contre les actes inscrits, sous le régime des livres fonciers, cependant certains pays ont cru devoir réduire le nombre de ces actions et en limiter les effets.

La question de recevabilité tranchée, il conviendra de recher-

cher qui a qualité pour agir en nullité et quels sont les effets de l'annulation ou de la résolution prononcée.

A. — De la recevabilité de l'action en annulation ou en résolution

La recevabilité des actions en nullité des inscriptions prises est une conséquence du système appliqué outre-mer de la force probante relative des inscriptions.

Il aurait pu être décidé, au contraire, que la valeur des inscriptions serait absolue à l'égard des tiers comme des parties quels que soient les vices qui pourraient les infecter et que l'inscription créerait alors, comme le titre foncier lui-même, au profit du titulaire un titre nouveau abstrait qui purgerait les vices dont pourrait être atteint l'acte en vertu duquel elle est opérée. C'est le système de l'Act Torrens.

Les pays d'outre-mer ne l'ont pas admis. En spécifiant, en effet, que les annulations et modifications de l'inscription ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi, les textes fonciers admettent implicitement mais nécessairement que les inscriptions subséquentes peuvent être annulées ou modifiées à la demande des ayants droit ; il n'existe d'ailleurs en ce qui les concerne aucun interdit du genre de celui formulé par les textes qui régissent l'immatriculation.

Les tribunaux ont qualité pour prononcer l'annulation des inscriptions comme conséquence de l'annulation des conventions en vertu desquelles les inscriptions ont été prises (14). Cette radiation ou cette rectification ne peuvent avoir lieu qu'après que le jugement soit passé en force de chose jugée (15) il ne saurait donc y avoir exécution provisoire du jugement ordonnant radiation (16).

En règle générale, toutes les actions en nullité ou en résolution de droit commun sont recevables. Les textes fonciers prennent en effet soin de réserver de la façon la plus générale « les droits et actions des parties pour l'exécution de leurs conventions » (17).

Exceptions :

1° Irrecevabilité de certaines actions.

284. — Si les législations foncières du Maroc et de la Tunisie n'ont condamné aucune action en nullité, par contre celles de l'Afrique occidentale et de Madagascar (18) ont proscrit « les actions en

(14) Req., 21 mai 1946, Pen. 1947, 237 — C.M., 17 août 1907, Pen. 1908, 68.

(15) V. art. 91 du dahir du 12 août 1913.

(16) Rabat, 10 janvier 1950, R. 1951, 102.

(17) Tunisie, art. 342 de la loi, Afrique occidentale, art. 21, Madagascar, art. 9.

(18) Afrique occidentale, art. 51, Madagascar, art. 39.

nullité pour défaut de forme, en résiliation pour éviction partielle ; existence de servitudes non apparentes, lésion du quart ou des sept douzièmes ».

Le législateur a vu ces actions avec défaveur parce qu'elles étaient occultes, dans l'intérêt des tiers et par application du principe de la foi aux registres fonciers

En outre, des raisons particulières militaient en faveur de cette solution.

La légalité de l'inscription apporte à la rédaction des actes des garanties plus grandes, l'action en nullité pour défaut de formes pouvait donc être supprimée sans danger. D'ailleurs l'article 10 de la loi prussienne du 5 mai 1872 prévoyait déjà que les vices de forme du titre étaient couverts par l'investiture. Mais l'absence de signature de l'acte n'est pas un vice de forme, elle implique l'absence de consentement (19).

L'action en résiliation partielle n'offre plus d'objet non plus sous le régime des livres fonciers. Tous les droits et charges grevant l'immeuble étant rendus publics, l'éviction si elle se produit ne doit pas surprendre l'acquéreur, sinon elle n'est pas possible. Il en est de même de l'action en nullité pour servitudes non apparentes. En effet les seules servitudes maintenues sans publicité, sont les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux et les servitudes légales, servitudes apparentes donc ou réputées légalement connues.

La suppression de l'action en nullité pour lésion de plus d'un quart ou des sept douzièmes marque la volonté du législateur d'assurer la stabilité des mutations. Par ailleurs, la délimitation tant matérielle que juridique, garantie par le régime foncier, donne à l'ayant droit une certitude quand à la consistance de l'immeuble et en outre, l'estimation de la valeur vénale portée au titre le prévient dans une certaine mesure contre les dangers d'une lésion.

Bien entendu, ces cas d'irrecevabilité ne s'appliquent qu'aux immeubles déjà immatriculés (20). Il s'ensuit qu'en cours d'immatriculation, la recevabilité de ces actions sous forme d'opposition ne saurait faire de doute.

Il n'est d'autre part pas nécessaire que l'acte juridique soit inscrit au livre foncier car ces règles ne concernent que les rapports des parties (21).

Elles ne s'appliquent pas non plus aux actions personnelles qui compètent aux parties. Ainsi l'action *quanti minoris* en réduction du prix de l'immeuble vendu reste recevable bien qu'un tiers se soit inscrit depuis la vente (22).

---

(19) Cass., 26 février 1958, B.
(20) C.M., 29 septembre 1915.
(21) Cass., 21 juin 1938, Sir. 1938, I, 388.
(22) Contra, C.M., 26 mai 1909, Dar 1910, 219.

2° Réglementation particulière de certaines actions.

285. — En Afrique occidentale et à Madagascar, le législateur a cru devoir intervenir pour réglementer l'exercice de certaines actions : il s'agit, d'une part, d'actions qui à raison de leur nature ne peuvent être inscrites et, d'autre part, d'actions de nature particulière qui peuvent faire l'objet d'une inscription.

a) Certaines actions tendent à la revendication d'un droit qui ne peut être révélé parce qu'il n'est pas susceptible d'énonciation au contrat d'aliénation, telle l'inobservation des conditions essentielles à la validité des contrats, l'atteinte portée aux droits des créanciers ou à ceux du mineur, etc. En Afrique occidentale, l'article 50 du texte foncier prévoit que ces actions restent sans effet à l'égard des tiers de bonne foi, ayant publié leur titre avant l'acte introductif d'instance. A Madagascar la même solution avait été adoptée dans le décret de 1911, avec cette différence toutefois que la publication du droit du tiers n'était pas exigée, il suffisait qu'il ait *contracté* avant la publication de l'acte introductif d'instance (art. 46).

La question se posait de savoir comment les tiers pouvaient faire la preuve qu'ils avaient contracté sans avoir publié, ce principe se heurtait à la règle foncière qui veut qu'un droit n'existe vis-à-vis des tiers qu'à condition d'avoir été publié. Nous penchions en faveur de l'exigence implicite d'une inscription préalable (23). L'ordonnance de 1960 a précisé le texte en ce sens en prescrivant à l'article 40 pour la protection du tiers son inscription préalable.

Mais il ne s'agit alors plus dans cette hypothèse que de l'application des principes généraux de la loi foncière, et l'utilité de cette réglementation se pose tant pour l'Afrique occidentale que pour Madagascar.

b) D'autres actions tendant à la revendication d'immeubles basées sur des causes qui peuvent être inscrites : rapport en nature de biens donnés ; réduction des donations pour atteinte à la réserve, droit de retour des biens donnés en cas de prédécès du donataire, révocation d'une donation pour inexécution des conditions ou survenance d'enfants, résolution d'un contrat synallagmatique pour inexécution des conditions, exécution du pacte de réméré, ne peuvent, aux termes de l'article 46 du décret foncier de l'Afrique occidentale, être exercées qu'autant que ces droits auront été réservés au contrat d'aliénation et ne prennent effet à l'égard des tiers qu'à dater du jour où ces réserves ont été rendues publiques.

A vrai dire, les articles suivants dispensent de stipulation dans l'acte le rapport des biens donnés, l'atteinte à la réserve, l'action en révocation pour cause d'ingratitude et l'action en révocation de donation entre époux, mais l'on ne voit pas bien pourquoi cette

(23) Gasse, *op. cit.*, p. 301.

exigence reste maintenue entre parties pour le droit de retour, la révocation d'une donation pour survenance d'enfants. Le résultat est que ces causes légales de revendication d'immeubles deviennent par la volonté du législateur, des causes de revendications conventionnelles.

A Madagascar, le décret du 4 février 1911 en l'article 48 avait admis le même principe pour les mêmes actions ou sensiblement les mêmes. L'article 40 de l'ordonnance a repris mot pour mot les actions prévues par l'art. 46 pour l'Afrique occidentale, mais en supprimant, pour toutes, l'obligation de la stipulation dans l'acte, leur restituant ainsi leur caractère de causes légales de revendication et en exigeant seulement la publication de ces actions pour les rendre opposables aux tiers.

Dans ce cas on ne peut manquer de voir dans la nouvelle réglementation qu'une application pure et simple des principes généraux qui dominent le droit foncier outre-mer. L'opportunité de cette réglementation particulière échappe encore dans ces conditions. Aussi bien la Tunisie, comme le Maroc en ont fait l'économie, sans qu'il apparaisse qu'il en soit résulté de difficulté.

B. — Des personnes qualifiées pour demander l'annulation de l'inscription

286. — Les inscriptions peuvent être annulées ou modifiées soit d'office par le conservateur, soit à la demande des parties, soit à la demande des tiers.

1° Par le conservateur (24).

Le conservateur peut d'office rectifier des omissions ou des erreurs commises dans le titre de propriété ou dans les inscriptions.

Il peut même rectifier des erreurs provenant de son chef ou du chef d'un de ses prédécesseurs ou celles qui proviendraient d'irrégularités constatées, contenues dans les documents ayant servi à l'établissement du titre ou à toutes ses inscriptions subséquentes.

Le conservateur doit faire preuve en la circonstance d'une très grande prudence et ne pas rétablir notamment des droits écartés ou omis par une décision judiciaire (25).

2° Par les parties.

Les parties conservent ainsi que nous l'avons vu (*supra*, n° 279) toutes les actions qui leur sont reconnues par le droit commun

(24) Tunisie, art. 386, Afrique occidentale, art. 173, Madagascar, art. 71 du décret d'application.

(25) Cass., 22 mars 1912, Dar 1912, I, 82. Le conservateur avait porté sur le titre foncier une clause de reprise de partie de l'immeuble sans indemnité qui ne figurait pas dans l'ordonnance d'immatriculation, mais dans l'acte qui lui servait de base. La radiation est ordonnée.

pour l'exécution de leurs conventions, sous réserves qu'elles ne heurtent pas les dispositions impératives de la loi foncière. L'inscription ne purge aucun des vices de l'acte en vertu duquel elle a été prise.

Les parties peuvent donc, si elles sont d'accord décider d'annuler ou de modifier une inscription infectée d'un vice, il s'agit alors d'une convention ordinaire dont les effets vis-à-vis des tiers ne prennent date qu'au moment de l'inscription sans bénéficier d'un effet rétroactif qui serait contraire aux principes du régime foncier; en cas de désaccord, l'inscription peut faire l'objet d'une demande d'annulation ou de modification judiciaire (26).

3° Par les tiers.

Ceux qui, étrangers à l'acte, se trouvent lésés injustement par l'inscription qui le relate, peuvent en obtenir l'annulation ou la modification.

Ils peuvent attaquer ainsi un acte simulé passé par le propriétaire et demander l'annulation de l'inscription qui le constate (27) ou faire tomber l'inscription prise en fraude de leur droit ou même sans démontrer la fraude, faire tomber l'inscription d'un droit si elle a été prise contrairement aux dispositions d'ordre public de la loi foncière (28).

Certaines actions compètent aux tiers à raison de leur qualité :

1° Les créanciers chirographaires.

En principe les créanciers chirographaires suivent la foi de leur débiteur et doivent sans recours supporter les actes passés par lui. Cependant lorsque ces actes ont été passés dans l'intention de leur nuire, ils peuvent par la voie de l'action paulienne demander l'annulation de l'acte frauduleux et de l'inscription qui le concerne (29).

De même les articles 477 et suivants du Code de commerce reconnaissent à la masse des créanciers le droit de demander la nullité des actes constitutifs de droits réels souscrits pendant la période suspecte par le failli.

---

(26) Req., 21 mai 1946, P. 1947, 237.

(27) Rabat, 28 avril 1956, J.C.P. 1957, 9662 et note Decroux.

(28) C.M., 15 avril 1911, Dar 1912, 22. Un créancier peut faire tomber l'inscription d'une donation faite avant l'immatriculation, mais non révélée en cours de procédure, bien qu'elle ait été ratifiée postérieurement, sans avoir à établir la fraude.

(29) C.M., 5 avril 1911, Dar 1912, 22. Un créancier a le droit de demander la nullité de la vente d'un immeuble consentie par son débiteur à sa femme en fraude de ses droits.

2° Les titulaires de droits réels non inscrits.

Les titulaires de droits réels non inscrits doivent en principe supporter les inscriptions qui portent atteinte à leurs droits. La loi leur donne par l'inscription la possibilité de se garantir, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes, s'ils négligent de recourir au mode de protection que la loi leur offre.

Cependant, à titre exceptionnel, ils peuvent demander l'annulation des inscriptions qui les lèsent lorsque ces inscriptions ont été prises de mauvaise foi (*supra*, n° 255 *bis*).

A la différence de l'action paulienne, l'exercice de cette action n'exige pas la démonstration de l'insolvabilité du débiteur (*supra*, n° 253).

C. — Des effets de l'annulation de l'inscription à l'égard des tiers

En ce qui concerne les effets des annulations ou modifications des inscriptions qui portent préjudice aux tiers, il faut distinguer :

1° les tiers de bonne foi ;

2° les tiers de mauvaise foi.

1° *Les tiers de bonne foi.*

287. — L'origine de la protection des tiers de bonne foi remonte à la loi prussienne du 5 mai 1872 (30), mais la loi prussienne ne garantit à la différence des législations d'outre-mer que les tiers ayant acquis à titre onéreux.

La position des tiers de bonne foi est inexpugnable et aussi forte que celle du propriétaire du titre après immatriculation. A la différence des tiers de bonne foi du droit français, les tiers inscrits de bonne foi dans le régime des livres fonciers n'ont pas à redouter l'annulation des inscriptions sur le vu desquelles ils ont traité.

Tous les textes fonciers garantissent la protection des tiers de bonne foi (31), ce principe assure la supériorité du système des livres fonciers.

La bonne foi se présume. Ce sera donc à celui qui contestera la bonne foi d'un tiers, à établir qu'au moment où il contracte celui-ci connaissait le vice du titre de son auteur. La faute lourde doit, ici comme ailleurs, être assimilée à la mauvaise foi. Tel est le

(30) Art. 9 de la loi du 5 mai 1872, *supra*, n° 277, n. 2.

(31) A quelques variantes près : la Tunisie art. 305 du Code des droits réels : « L'annulation de l'inscription ne pourra en aucun cas être opposée aux tiers de bonne foi. » Afrique occidentale, art. 159 — Madagascar, art. 123.

cas où le tiers aurait du connaître la cause de l'annulation, par exemple, si les mentions du livre la lui révélaient (32).

Que faut-il entendre par tiers de bonne foi ? La bonne foi est une question de fait (33), il est donc bien difficile de la définir, mais n'est-il pas possible d'en analyser le contenu.

La bonne foi peut être considérée sous deux aspects : la bonne foi objective qui résulte des mentions du livre foncier et la bonne foi subjective qui dépend de la motivation, de l'intéressé.

a) La bonne foi objective. Il a été soutenu que dans le système des livres fonciers, c'est la seule qui devrait être prise en considération : « On ne peut jamais reprocher à un tiers d'être de mauvaise foi parce qu'il n'a pas cherché à se renseigner en dehors du livre foncier, puisque ce livre doit contenir toutes les mentions qui lui sont opposables, ce tiers connaîtrait-il, en dehors du livre foncier une cause d'annulation totale ou partielle pour la propriété de l'inscrit, que cette connaissance ne saurait en principe et en règle générale, lui être opposée. » (34)

Ainsi, ne pourrait exciper de sa bonne foi celui qui traiterait avec un tiers dont le droit ne serait pas inscrit, même s'il savait par ailleurs d'une façon certaine que le tiers est bien titulaire des droits qu'il lui cède (35).

En fait, à elle seule, cette bonne foi objective est insuffisante à garantir les tiers. La bonne foi est une notion large et rien n'autorise à la limiter à la connaissance des seules mentions du titre foncier. Comment admettre que puisse se prévaloir de sa bonne foi, celui qui acquiert un immeuble à un propriétaire inscrit, s'il sait que celui-ci l'a obtenu par la violence ou le dol, cause d'annulation qui évidemment n'est pas susceptible d'inscription ?

La théorie de la bonne foi subjective est plus complète.

b) La bonne foi subjective.

Par tiers de bonne foi, d'après Massigli (36), il faut entendre « ceux qui véritablement ont ignoré l'invalidité du titre du possesseur de l'immeuble avec lequel ils ont traité. La connaissance

(32) Cass., 19 mars 1956, Bull. 1956, I, III : « Ne peut réclamer la protection reconnue aux tiers inscrits de bonne foi, celui qui s'est inscrit sans que les droits de son auteur figurent en tout ou en partie sur le livre foncier, et ce, qu'elles que soient les raisons qu'il ait eues de croire en leur réalité, en dehors du livre foncier. » Il s'agit d'une mauvaise foi objective. *Supra*, n° 243, n. 45.

(33) Lors du vote de la loi prussienne de 1872 divers amendements tendant à préciser ou à définir la bonne foi ont été repoussés par le motif que la question de bonne foi n'était qu'une question de fait. (Rapport de la Chambre des Seigneurs.)

(34) C.M., 12 décembre 1908.

(35) Cass. civ., 19 mars 1956 précité.

(36) *P.V. Commission du cadastre*, t. IX, n° 128.

qu'ils auraient eue de la cause d'éviction par une voie quelconque leur interdit d'invoquer le principe. »

Il est certain que lorsque la cause de revendication a été publiée, le tiers ne peut être considéré comme de bonne foi lorsqu'il prétend l'ignorer, mais il ne saurait non plus être considéré comme de bonne foi lorsqu'il sait en contractant que les droits de son auteur sont atteints d'une cause de précarité qui ne peut être relatée par écrit ; si l'annulation ou la résolution de la convention est postérieurement prononcée, elle doit rejaillir sur lui sans qu'il puisse exciper des règles de la publicité, inapplicables par la force des choses, ou de sa bonne foi, en contractant en connaissance de cause, il a délibérément accepté le risque d'être évincé, l'intérêt général n'est plus en cause, la victime ne peut être sacrifiée. Au concept de la bonne foi objective résultant des mentions du livre foncier fait place celui de la bonne foi subjective du tiers, évidemment plus difficile à apprécier.

La protection du tiers est-elle subordonnée à son inscription préalable et à ce qu'il ait acquis à titre onéreux ?

Nécessité de l'inscription préalable du tiers de bonne foi.

288. — Certains textes fonciers subordonnent expressément la protection du tiers à son inscription préalable — l'article 3 du dahir de 1915 au Maroc, à Madagascar, les articles 38 et 123 — par contre d'autres textes exigent seulement la bonne foi, sans faire, semble-t-il, de l'inscription un préalable : — le Code tunisien, article 305, le décret de l'Afrique occidentale, article 159, le décret du Congo, article 42.

Logiquement, l'inscription préalable à la rectification paraît s'imposer sous un régime de publicité absolue : il semble peu rationnel de donner à une personne le droit de contester l'existence d'un droit pour ne pas avoir été publié, si elle-même s'est abstenue de rendre public son propre titre.

En réalité, il est permis de se demander s'il existe une différence sensible entre ces textes, et si, en fait, les seconds ne sous-entendent pas l'inscription préalable du tiers que les premiers prescrivent littéralement. Les principes généraux du régime foncier conduisent à cette solution. Le titulaire du droit acquis sur la foi de l'inscription annulée postérieurement est en effet un tiers vis-à-vis du bénéficiaire de l'annulation. Comment dans ces conditions peut-il faire la preuve de l'existence de son droit à l'encontre du bénéficiaire de l'inscription redressée, s'il ne l'a pas inscrit. Nulle part la loi foncière ne prévoit un mode de preuve particulier de l'existence du droit non inscrit en faveur du tiers de bonne foi dans le cas où il se heurte à l'annulation de l'inscription sur la foi de laquelle il a traité.

Ce qui nous confirme encore dans notre sentiment c'est qu'au Maroc comme en Afrique occidentale, le législateur semble employer

indifféremment l'une ou l'autre expression, tiers de bonne foi ou tiers inscrits de bonne foi. Ainsi, si l'article 66 du dahir du 12 août 1913 sur l'immatriculation des immeubles prévoit que « l'annulation de l'inscription ne peut en aucun cas être opposée *aux tiers de bonne foi* » l'article 3 du dahir du 2 juin 1915 sur la législation applicable aux immeubles immatriculés dispose « Les annulations ou modifications postérieures ne peuvent être opposées ou préjudicier *aux tiers inscrits de bonne foi.* » De même en Afrique occidentale, si l'article 159 du texte organique dispose que les annulations sauf quand elles sont la conséquence d'une réserve mentionnée au titre foncier, ne peuvent préjudicier *aux tiers de bonne foi* », l'article 50 prévoit que les actions en nullité basées sur des causes non susceptibles d'énonciation aux contrats d'aliénation sont sans effet à l'égard *des tiers de bonne foi, ayant publié leur titre,* avant l'acte introductif d'instance », c'est-à-dire ayant inscrit.

Il en résulte qu'en cette matière c'est encore la règle de la priorité de l'inscription qui doit jouer : le premier inscrit l'emporte, et l'inscription du tiers de bonne foi sera repoussée après la mention de l'annulation de l'inscription dont procède son droit. Rien ne s'oppose en effet à l'inscription immédiate d'un droit acquis. Si l'acquéreur néglige la formalité, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il est évincé par un tiers acquéreur plus diligent ou par la victime d'une spoliation antérieure.

La seule différence qui paraît résulter de la rédaction des deux textes c'est que celui qui protège les tiers de bonne foi, protège non seulement les tiers inscrits, mais aussi ceux qui ne sont pas inscrits parce que la loi les dispense de l'inscription, tels les locataires de baux de faible durée, tandis que celui qui subordonne la garantie du tiers de bonne foi à une inscription préalable ne protègera pas le tiers de bonne foi dont le droit n'est pas soumis à l'inscription, le locataire de baux de courte durée ne sera pas protégé contre l'annulation du droit de son bailleur.

Les tiers à titre onéreux.

289. — Certaines législations étrangères (loi prussienne, article 9, Act Torrens, art. 33) réservent le bénéfice de la protection légale à ceux dont les droits ont pris naissance dans un acte à titre onéreux, à l'exclusion des actes à titre gratuit. La faveur que le régime foncier octroie aux tiers en faisant fléchir la règle « Nemo dat quod non habet », doit être strictement limitée aux cas intéressants, à ceux qui luttent pour éviter une perte et non à ceux qui recherchent un gain. La Commission du cadastre avait retenu ce principe équitable (art. 18 de l'avant-projet), et qui est au surplus traditionnel chez nous.

Outre-mer cependant, la distinction n'a pas été maintenue, certainement en vue d'étendre l'autorité des livres fonciers. On a fait valoir également que la règle mobilière ignore le principe et qu'en

outre son application est délicate, car beaucoup de donations immobilières affectent un caractère onéreux, telles les constitutions de dot, par exemple.

2° *Tiers inscrits de mauvaise foi.*

290. — La définition de tiers de mauvaise foi appelle naturellement les mêmes réserves que celle de tiers de bonne foi. La mauvaise foi est une question de fait qui se prête donc mal à une définition exhausive, comme la bonne foi dont il n'est que la forme négative (*supra,* n° 287).

Un tiers ne saurait d'abord être considéré comme de mauvaise foi parce qu'avant de traiter, il ne s'est pas renseigné sur l'origine du droit de propriété de son auteur (37), car le régime de l'immatriculation repose sur le principe dominant de la foi publique attachée aux énonciations du livre foncier, ce qui dispense les acquéreurs de se renseigner à l'extérieur.

Le tiers de mauvaise foi est celui qui a connu au moment où il a traité la cause d'invalidité du droit de son auteur, qu'elle soit révélée par le livre foncier ou que non susceptible d'inscription elle soit connue autrement ; si la cause de revendication était inscriptible par contre et non inscrite, la solution est controversée. Selon la théorie classique ou objective, la connaissance que pourrait avoir le tiers de son existence avant de traiter ne lui donnerait pas la qualité de tiers de mauvaise foi, car un droit soumis à l'inscription n'existe à l'égard des tiers que s'il est inscrit (*supra,* n° 250), selon la théorie moderne ou subjective, dans de telles conditions le tiers ne pourrait prétendre à la protection accordée aux tiers de bonne foi (*supra,* n° 255 *bis*).

En général, le conservateur ne prendra pas sur lui de décider que l'inscription a été prise de mauvaise foi, les intéressés devront saisir la juridiction qui tranchera le conflit.

B. — Effet conservatoire de l'inscription.

291. — Tant que l'inscription n'est pas annulée ou modifiée, elle conserve indéfiniment le droit inscrit à défaut de terme fixé par le législateur. L'inscription n'est jamais atteinte par la péremption faute de renouvellement, ni par la prescription, mode de libération ou d'acquisition proscrit par le système des livres fonciers. Il en est ainsi, même à Madagascar où la prescription extinctive et acquisitive a été admise (art. 82, *supra,* n° 216).

La valeur probante de l'inscription subsiste ainsi tant que l'inscription n'a pas été régulièrement rayée ou que le droit qu'elle relate n'a pas fait l'objet d'une modification ou n'a pas été transmis par une nouvelle inscription.

(37) C.A.M., 16 mars 1959.

Cependant, l'effet conservatoire de l'inscription ne fait pas échec aux règles générales de la procédure. En particulier, il ne signifie pas que les droits survivent à la personne. Aussi, bien que les mentions du livre foncier fassent preuve à l'égard des tiers que le propriétaire est régulièrement investi des droits qui y sont spécifiés, après le décès de ce dernier, la partie poursuivante doit suivre l'instance ou la reprendre contre ses héritiers (38).

Section III

La prénotation

292. — Par la prénotation, une partie avise les tiers de sa prétention à un droit sur l'immeuble. C'est donc une réserve d'inscription pour l'avenir, une mesure provisoire destinée à sauvegarder certains droits et qui prévient à compter de cette date toute constitution de droit au préjudice du prénotant.

Tantôt, la prénotation permet au titulaire du droit revendiqué de prouver à l'égard des tiers l'existence de ce droit au moment même où il est réclamé, avant qu'il soit officiellement consacré par une inscription, tantôt la prénotation porte à la connaissance des tiers un droit dont l'existence est établie, mais qui ne présente pas les conditions requises pour être admis à l'inscription.

La prénotation est adoptée par toutes les législations foncières outre-mer (39).

La prénotation tire son origine du droit prussien (40). En France, l'institution est connue, si le mot n'est pas employé. C'est ainsi que déjà le Code civil en a fait application à l'article 958 en ce qui concerne la demande en révocation pour cause d'ingratitude en matière de donation. Mais c'est le décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière en France qui l'a étendue. L'article 29 4° prescrit, en effet, la publication au bureau des hypothèques « des demandes en justice tendant à obtenir... la résolution, la révo-

(38) Rabat, 15 novembre 1948. Mais l'intervention volontaire des héritiers couvre la nullité résultant du fait que seul leur auteur a été assigné.

(39) Tunisie, art. 365 du Code des droits réels — Maroc, art. 85 — Afrique occidentale, art. 160 — Madagascar, art. 125.

(40) Art. 8 de la loi prussienne du 8 mai 1872 : « Celui qui étant créancier d'un immeuble a droit à obtenir l'investiture ou l'inscription peut conserver ce droit par une prénotation au livre foncier. Cette prénotation ne pourra être insérée qu'avec l'autorisation du juge ou avec le consentement du propriétaire inscrit. Elle ne pourra être radiée que sur la réquisition du juge ou la demande de celui dans l'intérêt duquel elle est insérée. »

cation, l'annulation ou la rescision d'une disposition à cause de mort, lorsqu'elle porte sur des droits soumis à la publicité » (41).

I. — Le domaine de la prénotation

293. — La prénotation est une institution indispensable dans un régime de publicité absolue. Elle protège des droits qui seraient en péril, s'ils demeuraient occultes. La tentation peut être de l'étendre à tous les droits qui peuvent être invoqués sur les immeubles et qui ne sont pas encore inscriptibles. Cependant la prénotation n'est pas sans danger, « en rendant incertaine la situation du possesseur inscrit, elle atteint son crédit et lui ôte pour ainsi dire la faculté de disposer ce dont il est nanti. C'est une des raisons qui interdit de l'inscrire s'il n'y a pas présomption en faveur du droit qu'elle a pour objet de mettre en vue . » (42).

Aussi la prénotation est-elle en général réservée sous contrôle aux actions qui tendent à la revendication d'un droit soumis à la publicité, c'est le rôle qui lui est dévolu en Afrique occidentale et à Madagascar.

Cependant à Madagascar, nous avons vu qu'une prénotation, d'une durée très limitée (20 jours) protège le requérant auquel le conservateur refuse l'inscription parce qu'il estime la réquisition irrégulière (voir *supra,* n° 272).

En Tunisie, la loi foncière se bornait à l'origine à n'autoriser la prénotation que des demandes en annulation ou modification de droits réels. Puis, sont intervenus les décrets des 13 septembre 1934, 4 juillet 1935, et 24 juin 1957 qui ont progressivement élargi le champ de la prénotation, mais avec prudence, en procédant par énumération. C'est ainsi qu'indépendamment des demandes en justice, y compris celles tendant à faire inscrire les actes portant aliénation ou attribution d'immeubles, ont été admis à la prénotation : la constitution et la cession de droits réels consentis sous condition suspensive, les promesses de vente, les aliénations et les attributions de parcelles à distraire d'un titre de propriété, s'il est justifié d'une demande de lotissement, les contrats de mogharsa (43) (art. 366 du Code).

Au Maroc, la prénotation a été admise très largement : « quiconque prétend à un droit sur un immeuble immatriculé peut recourir à la prénotation pour la conservation provisoire de son

(41) *Supra,* n° 4, n. 1.

(42) Rapport Massigli, *op. cit.,* t. IX, n. 142.

(43) Le mogharsa est un contrat qui participe à la fois du contrat de société et du bail. Le planteur acquiert un droit de copropriété indivis sur le sol, mais sous condition suspensive, à partir du moment où les arbres plantés entrent dans la période de fructification.

droit » (art. 85). C'est ainsi qu'une promesse de vente a pu être prénotée par application de cette disposition (44).

2. — De l'autorisation préalable

294. — A raison de la menace qu'elle fait peser sur le titulaire du droit inscrit, d'une façon générale, les législations foncières ont prévu un contrôle judiciaire sur les demandes de prénotation intéressant les actions en justice, afin d'éviter des prénotations abusives ou vexatoires. Pourtant, la législation marocaine s'en est abstenue.

Par quel magistrat ce contrôle doit-il être exercé, par le président du tribunal de la juridiction saisie du litige ou par le président du tribunal du lieu de la situation de l'immeuble ? En général, les textes ne le précisent pas. Toutefois, en Tunisie, entérinant la pratique suivie, les nouveaux décrets qui ont modifié l'article 53 ont décidé que ces prénotations seraient autorisées par le président du tribunal de la situation de l'immeuble, sur requête communiquée pour avis au conservateur (45). Il paraîtrait cependant plus opportun d'attribuer cette mission au président du tribunal saisi du litige principal parce qu'il paraît mieux placé pour apprécier le bien fondé de la demande de prénotation (46).

Le magistrat saisi exigera, en principe, la preuve de l'existence du litige en cours et de son caractère sérieux. L'autorisation n'est accordée qu'à charge de lui en référer, ce qui implique que le magistrat peut se rétracter. D'ailleurs la prénotation demandée peut être amendée ou refusée.

Au Maroc, l'autorisation préalable n'est requise qu'en l'absence d'un titre ou d'un extrait de la demande en justice (art. 85). Celui qui possède un titre ou qui intente une action en justice peut prénoter librement, ce qui peut être une source d'abus, d'autant plus qu'au Maroc (*supra*, n° 293), la prénotation est admise très librement. Le danger est d'autant plus grand que la jurisprudence marocaine, à la différence des autres, se refuse à reconnaître compétence au juge des référés pour apprécier les mérites des prénotations inscrites en vertu de la demande en justice, motif pris que la radiation risquerait de laisser sans portée la décision du juge du fond. Celui qui souffre d'une prénotation au Maroc ne peut que presser la conclusion du litige sous réserves de dommages-intérêts (47).

Cette jurisprudence appelle des réserves. La prénotation n'est pas inoffensive et le préjudice causé par une prénotation abusive peut être irréparable au cas où le prénotant est insolvable. La prénotation ne touche pas au fond du droit, et en cas d'urgence rien ne

(44) Civil, 1er février 1954, J.C.P. 1954, n° 8141 et notre note.
(45) Soulmagnon, *op. cit.*, n° 481 repris dans l'art. 367 du Code.
(46) Comparer avis de la commission du cadastre, t. IX, n° 211, p. 142.
(47) Rabat, 24 juillet 1940, X, 502.

nous paraît s'opposer à la compétence du juge des référés surtout lorsque la demande n'est pas sérieuse. Cette solution est d'autant plus malencontreuse qu'au Maroc la prénotation est largement ouverte et sans contrôle judiciaire préalable. Rien de surprenant que l'on y ait abusé des prénotations (48). Il semble que la jurisprudence marocaine en prenne conscience (49).

3. — Péremption de la prénotation

295. — Indépendamment du contrôle judiciaire, une autre garantie est prévue pour limiter l'incertitude dans laquelle l'existence d'une prénotation laisse les droits du titulaire inscrit : la péremption rapide de la mention. L'objet du système des livres foncier est avant tout de clarifier la propriété, les situations d'attente ne peuvent se prolonger.

C'est ainsi que d'une façon générale les prénotations qui intéressent les demandes en justice ne conservent leur effet que pendant la durée de l'instance.

En Tunisie, il est même prévu que toutes les prénotations sauf celles concernant le contrat de mogharsa se périment par trois ans, à moins de renouvellement autorisé par ordonnance de référé **(art. 366).**

Au Maroc, la prénotation se périme seulement dans le cas où elle a été autorisée par le président du tribunal, c'est-à-dire en l'absence de titre ou d'une demande en justice. L'inscription définitive doit être prise dans le délai de six mois ou une demande en justice peut être formée et mentionnée dans le délai d'un mois (art. 86), dans une certaine mesure et sous certaines conditions la jurisprudence admet le renouvellement de la prénotation (50).

A l'expiration de ces délais, les effets de la prénotation cessent de plein droit (51).

---

(48) Léris sous Req., 14 janvier 1942, R.A. 1942, 67.

(49) Rabat, 29 juillet 1944, XII, 510 admettant la radiation de la prénotation prise pour la sauvegarde des droits pouvant résulter d'une action portée devant le tribunal du Chrâa en nullité de partage d'un immeuble immatriculé, puisque les immeubles immatriculés ressortissent exclusivement aux tribunaux de droit moderne.

(50) Il faut que la nouvelle prénotation soit prise avant l'expiration des effets de la première : « on ne saurait faire grief à celui qui a requis une prénotation en vertu d'une ordonnance de ne pas avoir inscrit définitivement ses droits dans les six mois qui ont suivi la prénotation, dès lors que cette inscription a été rendue impossible du fait d'une seconde vente consentie à un tiers par le propre vendeur du prénotant » — Rabat, 23 mars 1943, XII, 161 et 30 mars 1943, XII, 169, l'arrêt estime que le prénotant ayant avant l'expiration du délai de six mois déposé une requête introductive d'instance et fait inscrire son droit le bénéfice de la prénotation initiale renouvelée continuera à produire ses effets pendant toute la durée de l'instance. Pour originale que soit cette solution elle ne heurte pas les principes.

(51) Rabat, 13 mai 1939, X, 365.

4. — Les caractères de la prénotation

296. — 1° La prénotation réserve le droit, mais elle ne le garantit pas.

En cas de résolution du titre en vertu duquel elle a été prise, la prénotation tombe d'elle-même (52). Et la prénotation devenue caduque ne peut être le terme d'une rétroactivité (53). Par application du même principe, la prénotation ne saurait rendre licite une vente par le saisi, vente qui était nulle au moment où elle est intervenue (54).

2° La prénotation ne crée en faveur de son auteur aucune présomption de droit.

La prénotation ne peut, en effet, aller à l'encontre des énonciations du titre foncier, seule une inscription nouvelle est décisive.

Ce principe bien que fort simple, a donné lieu à des applications multiples et à des confusions. Ainsi il a été justement décidé que le bénéficiaire d'une prénotation ne peut demander la mise sous séquestre d'un immeuble alors que cette prénotation est contraire aux énonciations du titre (55) et que le revendiquant d'un immeuble ne peut se maintenir dans les lieux en invoquant seulement une prénotation et une instance en revendication devant le tribunal (56). Par contre, il a été décidé que l'occupant d'un terrain immatriculé qui a pris le soin d'assurer par une prénotation le droit qu'il tient d'un des copropriétaires indivis et qui a engagé une instance en vue de faire inscrire la vente dont il se prévaut ne peut être considéré comme un occupant *sans droit ni titre,* ni expulsé de ce fait par le juge des référés à la requête d'un autre copropriétaire (57).

3° La prénotation est inutile, lorsqu'un droit peut être inscrit et à plus forte raison lorsqu'il est déjà inscrit.

Une personne, après avoir pris prénotation et obtenue gain de cause en appel, n'est pas recevable à demander le renouvellement de la prénotation, motif pris que l'arrêt de la cour fait l'objet d'un pourvoi, puisque la décision passée en force de chose jugée, lui permet d'inscrire son droit (58).

---

(52) Req., 14 janvier 1942, R.A. 1942 et la note Léris.
(53) Cass. civ., 25 mai 1954, B. 1954, 142.
(54) Rabat, 3 novembre 1934, VIII, 226.
(55) Rabat, 10 septembre 1931, Rec. 1932, VI, 356.
(56) Rabat, 10 octobre 1944, XII, 524.
(57) Rabat, 29 mars 1941, XI, 127. — Rabat, 22 mars 1935, VIII, 279.
(58) Tunis, 13 décembre 1961 non publié.

A plus forte raison semble-t-il impossible d'envisager la prénotation sur soi-même d'un titulaire déjà inscrit. Pour étrange que soit cette hypothèse, la Cour de cassation s'est déjà prononcée. En matière de droit de préemption, la Cour suprême partant du principe que le délai de préemption court même si le titre de l'acquéreur est contesté, décide dans ces conditions que pour éviter la forclusion le retrayant doit prénoter son droit sur la prénotation de la demande en justice de l'acquéreur, même si le retrayant s'est déjà inscrit. Nous avons déjà critiqué cette décision (*supra,* n° 189).

5. — Les effets de la prénotation

297. — Les effets de la prénotation varient selon que le droit prénoté est reconnu ou au contraire que la demande du prénotant est rejetée.

1° La demande du prénotant est admise.

L'effet essentiel de la prénotation est de faire remonter l'existence du droit du titulaire, lorsqu'il est reconnu à la date où elle a été prise. L'inscription définitive a un effet rétroactif et les inscriptions qui ont pu être prises entre la date de la prénotation et la date de l'inscription, ne sont pas opposables au prénotant.

Le prénotant est ainsi garanti contre les actes de disposition du propriétaire du titre d'autant plus enclin à réaliser s'il est de mauvaise foi, que son droit est litigieux.

La prénotation produit ses effets à l'égard des tiers le jour où elle a été mentionnée sur le titre. C'est en particulier à la date de la prénotation qu'en cas de vente contestée, le prix stipulé payable comptant devient exigible et que commencent à courir les délais prévus pour le paiement du solde (59). Pour la même raison, un prétendu acquéreur ne saurait faire tierce opposition à l'arrêt reconnaissant la validité d'une vente de la propriété à celui qui a pris soin de prénoter son droit, car la prénotation est opposable aux tiers dès la date de son inscription (60).

2° La demande du prénotant est rejetée.

La radiation de la prénotation doit alors être ordonnée et des dommages intérêts peuvent être alloués au propriétaire du titre, si la prénotation a été prise abusivement (61).

L'efficacité de la réparation dépendra de la solvabilité du prénotant et c'est pourquoi, il nous paraît indispensable d'organiser un

(59) Tunis, 11 janvier 1961.
(60) Tunis, 13 décembre 1961.
(61) Tunis, 31 mai 1961.

contrôle rigoureux sur les demandes de prénotations afin de prévenir les abus préjudiciables.

Nous avons vu qu'à ce point de vue, la législation comme la jurisprudence marocaines présentaient des insuffisances auxquelles il serait aisé de remédier, mesure d'autant plus opportune que c'est précisément au Maroc que la prénotation est utilisée avec le plus d'ampleur.

Section IV

Pénalités diverses

298. — Dans la crainte de voir utiliser frauduleusement les effets de la force probante, pour se faire reconnaître des droits inexistants, en Afrique occidentale et à Madagascar, le législateur a rétabli le vieux délit de stellionat pour punir tous ceux qui utilisent l'immatriculation ou l'inscription pour priver un tiers d'un droit légitime.

A la vérité, les poursuites sont rares en ce domaine, et il est permis de se demander si cette réglementation répressive s'imposait vraiment. Elle n'existe ni au Maroc, ni en Tunisie, ni en Afrique centrale.

Sont réputés stellionat, l'immatriculation frauduleuse d'un immeuble, l'omission consciente d'un droit réel lors d'une immatriculation (62), ou l'inscription d'un droit sur un immeuble dont on n'est pas propriétaire, le simple fait de contracter à l'aide d'une déclaration mensongère, le texte de l'Afrique occidentale ajoute même le fait de céder un titre qui ne vous appartient pas, ce qui paraît faire double emploi avec le vol ou l'abus de confiance, et, ce qui paraît bien rigoureux, le fait de consentir une hypothèque conventionnelle alors que l'on est tenu de faire inscrire une hypothèque forcée (art. 179).

Les poursuites ne peuvent être entreprises que par ceux qui en ont été victimes et celles-ci doivent démontrer la réalité du préjudice, c'est-à-dire l'existence et la légitimité du droit frauduleusement anéanti (63). Ainsi il ne saurait y avoir stellionat lorsqu'un africain ou un malgache, après avoir vendu son immeuble à un européen, immatricule le bien à son propre nom, car cette formalité est obligatoire et doit précéder la vente (64).

---

(62) Le silence suffit à établir la mauvaise foi, de la part de celui qui a constitué des hypothèques, s'il déclare l'immeuble libre d'hypothèque, il est de mauvaise foi car il n'a pu les ignorer. Cass., 20 novembre 1826, t. IX, I, 458.

(63) Req., 14 janvier 1942, Pen. 1945, 144 : le demandeur doit être débouté si le testament duquel découlent ses droits est déclaré nul.

(64) Crim., 16 mars 1954.

L'évaluation du préjudice doit se faire à la date du jugement et non au jour de l'immatriculation frauduleuse. L'action se prescrit par trois ans à compter du jour où l'infraction a été réalisée par l'immatriculation et non du jour où elle s'est manifestée publiquement par le dépôt de la réquisition (65).

Le refus de déférer aux sommations du conservateur peut être sanctionné par des peines portées à l'article 475 du Code pénal.

La destruction, la dégradation, le déplacement des signes géodésiques ou topographiques sont punis des peines portées par l'article 456 du Code pénal au Maroc, en Afrique occidentale et à Madagascar.

La Tunisie s'est bornée à réprimer les faux en matière de titres de propriété ou de certificats ou dans les actes qui servent à leur établissement ou au faux témoignage commis pour établir la reconnaissance d'écrits qui servent de base à une inscription (66), ce qui semble suffisant, par contre l'absence de répression du déplacement ou de la destruction des bornes semble une lacune.

(65) C.M., 14 janvier 1948, R.U.F. 1948, 514 et Crim., 27 juillet 1957, Pen. 1958, p. 37.

(66) Art. 405 du Code des droits réels.

CONCLUSIONS

La confrontation des différentes solutions apportées aux problèmes posés par l'immatriculation foncière dans les pays où elle est appliquée permet de dégager d'abord les mesures d'ensemble propres à perfectionner le système, elle permet ensuite de préconiser des réformes particulières au système foncier de chaque pays.

L'avenir de l'immatriculation foncière dans les Etats devenus indépendants sera ensuite abordé dans une seconde partie.

I. — Les réformes techniques

299. — Si, d'une façon générale, le système des livres fonciers s'est révélé un précieux instrument de travail auquel tous les Etats devenus indépendants, y compris le Sénégal, ont rendu hommage, la pratique a cependant révélé l'intérêt de lui apporter certains perfectionnements, tant en ce qui concerne la procédure d'immatriculation elle même que la législation applicable aux immeubles immatriculés.

Mais la diversité des régimes fonciers outre-mer fait que tous les textes n'ont pas à être repris sur les mêmes points, certains comportant déjà les améliorations dont les autres ont besoin.

D'autre part, on constate depuis l'Indépendance, une tendance fâcheuse à simplifier à l'extrême la réglementation foncière, le Tchad et le Gabon y ont succombé, le Cameroun s'y préparerait. Cette pratique est dangereuse, les textes détaillés sont le fruit de l'expérience, ils comportent la solution de difficultés appelées un jour à se présenter et que l'absence de dispositions applicables rendront plus délicates à trancher.

A. — Réformes de la procédure d'immatriculation

I. — Mesures d'ordre général

300. — La procédure d'immatriculation a été marquée dès l'origine par le désir d'assurer rapidement le succès de l'institution. On a voulu garantir totalement à l'aide d'une procédure expéditive les droits des bénéficiaires, dut l'équité en souffrir : immatriculation administrative accélérée, effets radicaux de l'immatriculation, refus d'un recours normal au tiers lésé. Maintenant que le système bien implanté, a fait ses preuves, la question se pose de savoir si ces mesures « publicitaires », vestiges d'une époque de lancement, qui paralysent l'administration d'une bonne justice, doivent être maintenues.

1° *Suppression de l'immatriculation administrative.*

301. — La première mesure qui s'imposerait serait d'éliminer complètement la procédure d'immatriculation administrative au profit d'une immatriculation judiciaire publique.

A l'origine, dans certains pays, le désir de faire vite l'a manifestement emporté. Il fallait pour assurer l'essor économique du pays et attirer les investissements privés, clarifier le plus rapidement possible la situation foncière, ainsi que nous l'avons vu (*supra*, n° 90). Il apparut donc naturel de préférer le système de l'immatriculation administrative, par le conservateur, réputé plus rapide au système de l'immatriculation judiciaire réputé lent, l'influence de l'Act Torrens auquel l'immatriculation était empruntée, ne fut certainement pas étrangère à cette décision. Ce fut le parti pris par le Maroc et par l'Afrique occidentale.

Mais ce système valable pour l'Australie, continent aux vastes étendues de terres vierges, peu ou pas habité devait à la longue se révéler moins heureux pour des pays où les droits sont mal définis, souvent enchevêtrés et où les mesures de publicité prescrites par la conservation restent souvent sans effet à raison de l'éloignement ou de l'ignorance des intéressés. D'autre part, le conservateur n'a pas les moyens suffisants pour vérifier en profondeur les droits du requérant (*supra*, n°s 93 et 96).

Aussi ne faut-il pas s'étonner que des spoliations et des abus se soient produits (1).

Cependant, chose curieuse, lorsque le besoin s'est fait sentir postérieurement d'accélérer la marche des procédures, ralenties parfois par la multiplicité des oppositions ou par la complexité des situations de fait ou de droit, le législateur a eu encore recours au

(1) Roché, *op. cit.*, 213 pour le Maroc — Sénégal. Discours du président Senghor (*supra*, n° 19).

même procédé. C'est ainsi qu'au Maroc tous les amendements apportés au texte d'origine ont eu pour résultat de diminuer les pouvoirs des tribunaux et d'augmenter les attributions du conservateur (*supra,* n° 90) et qu'à Madagascar, le pouvoir d'immatriculation a été repris en partie, aux tribunaux pour être confié au conservateur (*supra,* n° 100).

D'autres spoliations et abus furent encore dénoncés (2).

Le nouveau mode d'immatriculation administrative qui a pris naissance à Madagascar, puis s'est étendu au Cameroun est trop récent pour que l'on puisse se prononcer définitivement sur sa valeur. La formule est intéressante en ce qu'elle impose le transport d'une commission administrative chargée de la reconnaissance de la mise en valeur sur les lieux et qu'elle est composée pour partie de techniciens qualifiés pour l'apprécier, par contre, elle remet la reconnaissance du droit de propriété entre les mains du Gouvernement, à sa discrétion, ce qui n'est pas sans risque.

Le problème est délicat, pour les pays en voie de développement, il faut combiner l'exigence d'une mise en valeur caractérisée, base de la politique économique du gouvernement, ce qui suppose donc son intervention, avec le respect du droit de celui qui l'a réalisée, ce qui suppose la faculté d'un recours judiciaire.

Deux solutions s'offrent alors :

1° Ou maintenir la procédure administrative actuelle, mais en facilitant aux intéressés le recours contre la décision administrative de rejet, sous réserve d'assurer aux juridictions saisies toute l'indépendance requise ; cependant la pratique révèle que dans les nouveaux Etats, il est mal aisé de se pourvoir contre les actes de l'autorité et les annulations sont rares devant les juridictions administratives, le contentieux administratif est l'apanage des pays de vieille civilisation.

2° Ou opter en faveur d'une solution judiciaire améliorée qui tiendrait compte des critiques qui lui ont été adressées et qui sont de deux ordres : insuffisance de la constatation de la mise en valeur et lenteur des procédures judiciaires.

S'il est d'abord vrai que d'une façon générale, pendant la colonisation et même après, les tribunaux de l'ordre judicaire n'ont pas attaché une importance particulière à la mise en valeur des parcelles requises, c'est qu'aucune norme n'en précisait les caractères requis. L'intervention d'une réglementation décrivant avec précision les conditions que doit présenter la mise en valeur pour être consacrée, peut modifier cette optique. En cas de contestation, le tribunal arbitrerait le conflit en s'aidant de toutes les mesures d'instruction utiles, l'Etat étant représenté par un haut fonctionnaire qualifié, de l'agriculture et du paysannat ou autre.

(2) Roché, *op. cit.,* 233 et suiv. et *supra,* n° 28.

A Madagascar, l'idée a été retenue pour l'immatriculation collective (*supra*, n° 88 *bis*).

D'autre part, pour répondre au besoin de célérité, toujours sous-jacent dans les instances d'immatriculation, il conviendrait de réorganiser le service en créant dans chaque pays des juridictions peu nombreuses mais hautement qualifiées, le principe du transport sur les lieux devrait être généralement admis pour toute réquisition, à moins d'une décision contraire du chef de la juridiction.

Cette procédure judiciaire rénovée serait seule susceptible d'apporter aux intéressés toutes les garanties désirables et de répondre aux exigences du temps.

a) Création de juridictions d'immatriculation spécialisées.

302. — Sans admettre une juridiction unique au chef-lieu, comme en Tunisie, peu pratique pour les territoires trop étendus (3), il conviendrait de créer dans les grands centres une juridiction spécialisée dont la cheville ouvrière serait le ou les magistrats rapporteurs.

Le magistrat rapporteur serait désigné à raison de ses affinités particulières, de son attrait pour l'immatriculation foncière, de son activité, de son ordre, de sa méthode, de sa mobilité et de son goût pour l'instruction. Il devrait être doté pour l'accomplissement de sa tâche du personnel nécessaire et de moyens matériels qui lui permettent d'effectuer tous les transports utiles dans les meilleurs délais.

Ce magistrat rapporteur serait un véritable juge d'instruction qui aurait à la fois le rôle d'un conseiller et d'un protecteur des intérêts des incapables, en entendant ce mot dans le sens le plus large de ceux qui ne peuvent se défendre, et non dans le sens juridique.

L'expérience démontre l'efficacité des transports effectués par un magistrat qualifié pour établir les faits Les vestiges d'exploitation lui révèlent l'histoire des possessions. Les paysans qui d'une façon générale répugnent à se séparer de leurs titres en Afrique du Nord, les lui remettent sans difficulté. Son expérience lui permet de sentir l'opportunité des mesures d'instruction appropriées à raison de la personnalité du requérant ou des parties en cause, de la nature, de la consistance et de l'étendue de l'immeuble, comme de la région où il se trouve situé.

Indépendamment de ce rôle instructionnel, le juge rapporteur aurait pour mission d'accélérer la marche des procédures, par un

(3) En Tunisie on paraît s'en rendre compte le nouvel art. 310 du Code des droits réels dispose : « Le Tribunal immobilier comporte un siège principal à Tunis et *des sièges auxiliaires.* »

classement méthodique des dossiers, trop souvent entassés en vrac dans les armoires du greffe, et un contrôle suivi de leur état, il stimulerait les géomètres et veillerait à la prompte exécution de toutes les mesures d'instruction pour faire rapport au tribunal dès que le dossier serait en état, compensant par ses diligences le temps employé aux vérifications indispensables pour connaître la vérité. La cause principale des lenteurs reprochées à la procédure judiciaire d'immatriculation est en effet l'absence d'un responsable chargé de veiller à son règlement.

Toutes les affaires, même celles apparemment sans litige ni opposition, seraient confiées à ce magistrat, car ainsi que nous l'avons vu (*supra*, n° 96) une affaire sans opposition est souvent loin en Afrique de correspondre à la réalité des droits du requérant, ce qui condamne aussi l'immatriculation sur simple ordonnance en l'absence d'opposition, telle qu'elle existe à Madagascar et en Afrique centrale (4).

b) Le transport sur les lieux.

303. — Le principe devrait être admis que sous contrôle du tribunal un transport judiciaire sur les lieux devrait toujours précéder une immatriculation. Nous avons vu qu'en Tunisie où le transport sur les lieux est effectué très souvent, une omission exceptionnelle avait abouti à une vaste spoliation (*supra*, n° 97). Il serait cependant admis que par décision motivée du tribunal le transport sur les lieux pourrait ne pas être effectué.

Ainsi seraient réduites au minimum ces spoliations ou ces abus qui, pour demeurer le plus souvent clandestins, n'engendrent pas moins dans la population agricole surtout, un malaise et font naître à l'encontre de l'institution une défiance sourde, voire une hostilité ouverte comme au Sénégal, tandis qu'une impulsion et un rythme nouveaux donnés aux procédures seraient certainement très appréciés des propriétaires fonciers.

2° *Suppression de la purge des droits des parties.*

304. — Au souci d'expédier promptement les procédures, s'était jointe aussi à l'origine la crainte de voir les propriétaires mal éclairés, bouder le nouveau régime foncier, qui était, il convient de le rappeler, facultatif et assez onéreux. Aussi a-t-on voulu assurer aux propriétaires après immatriculation une situation qui les mette à l'abri de toute revendication d'où qu'elle vienne.

(4) Dans ce sens on ne manquera pas de relever que les nouveaux textes domaniaux au Cameroun et à Madagascar imposent à la commission administrative de reconnaissance avant de délivrer le titre administratif, livret foncier ou titres domaniaux, l'obligation de se transporter sur les lieux.

C'est ainsi qu'il fut admis que l'immatriculation purgerait tous les droits y compris ceux consentis par le requérant lui-même, s'ils n'étaient pas révélés au cours de la procédure d'immatriculation, et même s'ils étaient nés au cours de la procédure, alors que rien ne justifie la purge de tels droits, puisque loin de remettre en cause l'existence des droits établis par la procédure, ils en apportent la confirmation. A Madagascar, le législateur est intervenu récemment pour limiter les effets de la purge aux tiers, par un texte qui peut servir de modèle. Il est par contre surprenant de constater que l'effet absolu de la purge est encore conservé au Maroc comme de lire dans le texte du Gabon le maintien d'une règle dont l'Afrique occidentale avait fait justice depuis longtemps.

3° Amélioration de la réparation du tiers lésé.

305. — Dans le même esprit et pour ne pas laisser planer une menace quelconque sur le propriétaire qui a obtenu la délivrance du titre, il fut décidé dans tous les territoires qu'aucune action personnelle ne serait reconnue en faveur de celui qui a été injustement dépouillé d'un droit à l'occasion d'une immatriculation, hors le cas de dol.

Les principes généraux du droit, comme l'équité la plus élémentaire veulent cependant que personne ne puisse s'enrichir injustement aux dépens d'autrui et défendent que quiconque puisse à la faveur d'une procédure qu'il instaure dans son intérêt personnel, bénéficier de la faute qu'il a pu commettre en omettant, même involontairement, de signaler l'existence d'un droit sur sa propriété.

Il conviendrait de revenir sur ce principe et reconnaître à toute personne lésée par une immatriculation le droit de réclamer une indemnité compensatrice, puisque la situation antérieure ne peut être rétablie, sous réserve toutefois que le tribunal d'immatriculation n'ait pas été appelé à se prononcer déjà sur le fondement du droit lésé.

Le temps de la période d'implantation et de la politique foncière qui l'a suivie est maintenant révolu, rien ne devrait s'opposer aujourd'hui à un retour à des solutions marquées de plus d'équité et à la disparition de règles formalistes que rien ne justifie.

II. — Mesures particulières

306. — Des solutions de détail acquises dans certains pays et dont nous avons déjà souligné au passage les mérites devraient être étendues aux autres.

Telle l'obligation pour le géomètre de distraire d'office au cours de ses opérations de bornage, les parcelles du domaine public englobées dans une propriété à borner, en vue d'éviter à l'administration une procédure compliquée et coûteuse pour faire reconnaître par

la suite les parcelles du domaine public ; cette mesure vient d'être introduite à Madagascar.

La publication d'office par le conservateur d'un avis rectificatif de bornage indiquant la superficie et les limites réelles de l'immeuble après délimitation, lorsque des différences notables sont constatées entre ces limites et celles portées dans la réquisition, est prescrite à Madagascar, une mesure analogue est adoptée en Afrique occidentale, solution bien supérieure à celle de l'annulation ou du rejet de la réquisition généralement admise en pareille matière.

A Madagascar encore, a été heureusement réglementée l'opposition d'office entre réquisitions concurrentes, incident de procédure relativement fréquent, cette innovation doit être retenue.

Il serait encore souhaitable, à l'exemple du Maroc, de prévoir l'institution d'un fonds d'assurance destiné à indemniser, en cas d'insolvabilité du responsable, celui qui aurait été privé d'un droit de propriété ou de tout autre droit réel, par l'admission d'un immeuble au régime des livres fonciers.

Enfin l'examen de chaque législation révèle l'opportunité de modifications de détails, telle à Madagascar l'uniformisation des règles de l'appel en matière civile et en matière foncière, ou le mode de réparation excessif de la victime d'une spoliation dolosive en matière d'immatriculation ou encore au Gabon la nécessité de réglementer la période dite de préimmatriculation ou le rétablissement de l'appel en matière d'immatriculation.

B. — Réformes à apporter à la législation applicables aux immeubles immatriculés

307. — Dans ce domaine, la première mesure d'ordre général qui paraît s'imposer serait le rétablissement de la prescription acquisitive. La crainte, en l'admettant de voir ressusciter les droits occultes sur les immeubles immatriculés que le système a précisément pour but d'éliminer, a fait jusqu'ici reculer toutes les initiatives.

Cette crainte est cependant vaine ainsi que nous l'avons vu, si l'on prend soin avant de reconnaître un effet quelconque à la prescription, d'exiger que son accomplissement soit constatée par une inscription.

Le rétablissement de la prescription acquisitive offrirait le grand avantage d'aider à clarifier la situation foncière souvent obscurcie par la mauvaise tenue des livres fonciers, non imputables au service, mais aux erreurs des intéressés. Ainsi seraient consacrés des états de fait non contestés, mais contraires aux mentions du livre foncier, qu'ils soient nés de partages familiaux ou d'autres actes non inscrits ou qu'ils proviennent d'empiètements légers d'une construction sur une propriété voisine.

C'est dans ce but que vient d'être restaurée à Madagascar la prescription acquisitive.

D'autre part, la faculté réservée à Madagascar au candidat à

une inscription rejetée par le conservateur pour irrégularité de l'acte présenté de prénoter son droit afin de le protéger contre toute inscription nouvelle pendant la durée de la régularisation, mérite d'être étendue aux autres pays.

Il en est de même du recours réservé à celui dont l'inscription est rejetée par le conservateur devant le président du tribunal, par l'ordonnance malgache de 1960.

Postérieurement, le décret du 25 février 1964 a confié au Tribunal immobilier, en Tunisie, le soin de régler toutes les difficultés nées après l'établissement du titre.

A l'instar du Maroc, un fonds d'assurances pourrait également garantir toute personne qui serait, à la suite d'une erreur du service ou de la faute d'un tiers, lorsqu'il est insolvable, injustement privée par une inscription d'un droit réel, en dégageant ainsi la responsabilité du conservateur, sauf en cas de faute volontaire.

Enfin d'autres retouches de détails pourraient être apportées à la législation particulière de chaque pays.

C'est ainsi que nous avons signalé les dangers que présente, au Maroc, l'absence de contrôle exercé sur les prénotations et les abus auxquels il a donné lieu, et la carence de la législation en ce qui concerne les effets de la faillite sur les immeubles immatriculés, comme, à Madagascar, la nécessité de reprendre le texte sur la séparation des patrimoines.

L'avenir de l'immatriculation

A. — Inventaire des terres immatriculées

308. — Avant de s'interroger sur l'avenir de l'immatriculation, il semble essentiel de connaître l'accueil réservé par la population des pays devenus indépendants à une institution léguée par la puissance occupante à son départ. En effet, bien que l'immatriculation ait été proclamée facultative, on pourrait être tenté de penser que la présence de l'autorité étrangère et des intérêts de la colonisation qu'elle apportait, ont pu exercer une influence sinon une contrainte sur l'esprit des habitants peu enclins par eux-mêmes à adopter un régime foncier si différent de leur tenure traditionnelle, l'attitude du Sénégal pourrait accréditer ce sentiment, et que, avec l'Indépendance la cadence des immatriculations n'a cessé de décroître, si elle n'a pas disparu.

En fait, il n'en est rien, si l'on excepte le Sénégal, les immatriculations se sont poursuivies après l'Indépendance, mais à une cadence qu'il n'est pas toujours possible de déterminer. En effet, nombre de pays africains, en maintenant l'immatriculation des terres, ont abandonné l'établissement de statistiques foncières, n'attachant à ces sortes de travaux aucune importance. Cette conception

malheureuse interdit tout travail de synthèse. Dans les pays intéressés eux-mêmes, le contrôle des progrès de l'immatriculation, les prévisions de la durée des travaux jusqu'à leur achèvement, les mesures à prendre pour les accélérer en réduisant les obstacles qui s'opposent à leur développement, ne sont plus dans de telles conditions permis.

Cette absence de méthode est regrettable, elle trahit le manque de maturité des services responsables.

Nos conclusions ne pourront être dans ces conditions trop souvent que conjecturales, selon les pays et les renseignements obtenus.

La Tunisie.

En Tunisie, l'intérêt pour l'immatriculation foncière ne s'est pas démenti depuis l'Indépendance. Il s'est manifesté non seulement par la promulgation de textes nombreux apportant des solutions nouvelles et intéressantes aux problèmes de l'extension de l'immatriculation et à l'amélioration de la technique foncière, mais aussi en pratique par le développement de l'immatriculation sur le terrain.

A ce dernier point de vue, l'institution de la procédure d'immatriculation accélérée et gratuite, instaurée par le décret-loi du 20 février 1964, maintenue par la loi du 12 février 1965, promulguant le Code des droits réels, a porté ses fruits (5).

Jusqu'en 1963, le nombre des immatriculations normales aux frais des propriétaires s'est maintenu et semble même avoir dépassé les chiffres du temps du Protectorat, 804 en 1963 au lieu de 641 en 1947 ; mais depuis 1964, le nombre des immatriculations ordinaires a diminué des trois quarts, dans l'attente de la procédure simplifiée et gratuite (6). Par contre le nombre des immatriculations gratuites, s'est élevé d'une façon spectaculaire, la période de mise en route passée, révélant le succès de l'institution.

Le succès définitif de la procédure d'immatriculation gratuite et accélérée dépendra cependant du soin particulier apporté dans des conditions assez difficiles par le personnel technique (magistrats

(5) Tous ces renseignements nous ont été fournis très obligeamment par M. le président Hedi Mehirsi, conservateur de la propriété foncière de Tunisie et par M. Sadak Hamzaoui, président du Tribunal immobilier.

(6) Tunisie.

Années	Immatric. normales	Immatric. gratuites
1964	228	770
1965	205	830
1966	245	4 004
1967	265	8 125
1968	175	17 158
1969	198	15 846

et géomètres) à vérifier les droits des requérants et à prévenir les spoliations. Il eût sans doute été prudent de réduire pour un temps la force probante du titre délivré (*supra,* n° 145).

Le Maroc.

Le nombre des titres délivrés en moyenne chaque année depuis l'Indépendance a progressé, il est de 2 700 titres (38 247 titres en 14 ans), alors que du temps du Protectorat il n'était que de 2 100 (86 762 en 40 ans), mais la superficie moyenne des parcelles immatriculées s'est réduite, elle n'est plus que de 5 ha 5 environ (204 000 ha immatriculés de 1956 à 1969), alors qu'elle était de 21 ha en moyenne du temps de la présence française (1 850 000 ha immatriculés de 1915 à 1955) ce qui s'explique par la disparition des titres délivrés aux Européens dont les propriétés étaient parfois très étendues (7).

Il faut néanmoins conserver en mémoire que du temps du Protectorat 7 réquisitions sur 10 émanaient de Marocains et que les 3/5e des terres immatriculées étaient marocaines.

En Afrique noire, la valeur des renseignements obtenus est très inégale.

Le Sénégal.

Les chiffres donnés au Sénégal sont arrondis, ce qui implique de larges approximations : depuis 1960 jusqu'en mai 1967, 1 000 immatriculations ont été prononcées intéressant 3 000 ha de terres (8). La cadence des immatriculations qui étaient de 400 par an avant l'Indépendance est donc tombée à moins de la moitié. Fait qui n'a rien de surprenant puisque le certificat administratif qui permettait aux Sénégalais de requérir l'immatriculation de leurs terres a été supprimé depuis 1955 et non remplacé. L'immatriculation devra bientôt se réduire à rien puisque l'institution a été condamnée par

---

(7) Maroc. Titres établis de 1915 à 1969 : 128 519 couvrant une superficie de 2 104 789 ha.

Année	Nombre de titres	Superficie ha	Année	Nombre de titres	Superficie ha
1956	3 440	31 047	1963	2 244	9 886
1957	2 759	20 320	1964	2 246	9 299
1958	2 919	22 491	1965	2 263	10 998
1959	2 534	16 469	1966	2 938	8 719
1960	2 299	14 037	1967	3 811	19 736
1961	2 037	10 417	1968	3 267	12 750
1962	1 880	8 557	1969	3 590	10 574

Renseignements obtenus grâce à l'obligeance de M. Fassi Fehri, conservateur général.

(8) Conservation de la propriété foncière de Dakar.

la loi du 17 juin 1964 en son principe comme consacrant le droit de propriété individuelle proscrit par la tradition.

Il est cependant significatif de rappeler qu'aussitôt après la condamnation de l'immatriculation, 13 000 réquisitions ont été déposées afin de bénéficier de la latitude laissée par la loi à ceux qui avaient mis en valeur d'une façon permanente une portion du domaine national, d'obtenir l'immatriculation de leur terre, à condition que la réquisition soit présentée dans un délai de six mois (9). Cette explosion de réquisitions émanant pour la majeure partie de Sénégalais, prouve le succès du système auprès d'une certaine catégorie au moins d'entre eux et fait regretter davantage la mesure draconienne prise.

L'immatriculation continuera encore d'être alimentée au Sénégal par une autre source. L'article 14 de la même loi prescrit en effet à tous les propriétaires d'immeubles dits « du Code civil » de procéder au changement de régime dans un délai de deux ans, mesure de simplification et d'apurement réclamée depuis longtemps.

Mais ce regain, qui ne peut être que de courte durée, ne doit pas faire illusion : l'immatriculation est maintenant condamnée, au moins provisoirement, pour les particuliers au Sénégal.

Le Togo.

Au Togo, la superficie des terres immatriculées n'atteindrait pas le dixième de la superficie du pays. Depuis l'Indépendance, l'immatriculation conserve la faveur des habitants des villes, par contre dans les campagnes, les paysans n'ont pas en général les moyens de faire face aux frais qu'elle nécessite (10).

La Côte d'Ivoire.

En Côte d'Ivoire, dès origines jusqu'en 1967, 6 000 réquisitions ont été déposées et 200 000 ha de terres ont été immatriculées, pour une superficie cultivée de 2 500 000 ha, soit une proportion de 8 % des terres cultivées (11).

Le Cameroun.

Au Cameroun, des statistiques précises et détaillées font apparaître un réveil des demandes d'immatriculation dû à l'essor écono-

---

(9) Conservateur de la P.F. de Dakar, 1.7, mars 1966.

(10) Conservateur de la propriété foncière du Togo, 1.10, août 1966.

(11) Conservateur de la P.F. de la Côte d'Ivoire, 1.24, janvier 1967, qui ajoute :

Forêts classées	53 000 km²
Forêts protégées	77 000 km²
Autres savanes et forêts	102 000 km²
Surface inutilisable pour l'agriculture	65 000 km²

mique et à la promotion sociale des habitants. C'est ainsi que depuis l'Indépendance jusqu'au 31 décembre 1966, 2 791 immeubles ont été immatriculés couvrant 19 617 ha dont 2 240 ha de terrains urbains et 17 817 ha de terrains ruraux, alors que depuis les origines jusqu'au 31 décembre 1958, soit pendant 35 ans, 5 083 immatriculations ont été prononcées et 70 000 ha seulement immatriculés.

La cadence annuelle des immatriculations qui avait fléchi au début de l'Indépendance et des troubles qui l'ont suivie, passant de 430 en 1959 à 211 en 1961, s'est relevée progressivement pour atteindre 409 en 1965 et 449 en 1966 (12).

Madagascar.

A Madagascar, de 1959 à 1966, 14 629 titres fonciers ont été établis, intéressant une superficie de 178 400 ha. Le nombre des immatriculations a également accusé un certain fléchissement dans le temps qui a suivi l'Indépendance, puis s'est relevé de 1962 à 1964, après la mise en application de la nouvelle procédure domaniale d'immatriculation ; mais l'année 1966 révèle un recul, amorcé en 1965 et qui tient au fait que les sous-préfets qui en 1964 ont remplacé les fonctionnaires du domaine à la tête des commissions, n'ont pas le temps d'assurer leurs fonctions (13).

Les Malgaches continuent d'affirmer leur goût pour l'immatriculation, ils en apprécient les avantages. Tous désirent immatriculer leurs terres « à un pouce près ». Par son caractère définitif et inattaquable, l'immatriculation répond parfaitement à leur amour de la terre qui a pour eux quelque chose de sacré, avec son caractère individuel, absolu, perpétuel et inviolable.

On l'a bien vu, lorsque l'abrogation de la loi de 1896 qui autorisait l'immatriculation directe par la voie judiciaire, a été décidée pour le 1er janvier 1965. Cette perspective a provoqué en 1964, une augmentation exceptionnelle du nombre des réquisitions : 2 473 pour 8 500 ha de petites parcelles ancestrales (des rizières surtout) marquant l'attachement du peuple pour l'immatriculation directe.

---

(12) Conservateur de la propriété foncière du Cameroun, 1.1er février.

(13) Service des domaines de Madagascar : Etat du 28 juin 1967.

Titres fonciers d'immatriculation

Année	Nombre	Superficie ha
1959	2 449	19 607
1960	1 788	25 131
1961	1 727	15 680
1962	2 257	13 284
1963	2 637	25 039
1964	2 373	31 980
1965	2 165	19 269
1966	1 848	28 345

Cet attachement s'est révélé si fort que la date de l'abrogation de la loi a du être prorogée une première fois de trois ans et qu'à l'heure actuelle des parlementaires vont demander une nouvelle prorogation (14). En effet il serait souhaitable que les Malgaches conservent à côté de l'immatriculation indirecte, l'immatriculation judiciaire directe telle qu'elle est prévue par la loi de 1896 à laquelle ils se sont si fort attachés et qui offre d'incontestables garanties, sous réserve toutefois, pour rejoindre la tradition, de réduire la durée de la mise en valeur requise pour accéder à la propriété.

Ce bilan de la situation foncière outre-mer depuis l'Indépendance ne serait pas complet si l'on ne faisait mention d'une tendance nouvelle qui se dessine dans certains pays, à attribuer désormais la terre aux plus dignes et non pas à ceux qui se bornent à l'occuper. Cette théorie poussée à l'extrême au Sénégal aboutit à supprimer la possession du sol à celui qui l'exploite insuffisamment partant à condamner le droit de propriété du Code civil puisqu'il perd son caractère perpétuel et absolu pour devenir précaire, conditionné par une mise en valeur constante. Cette conception se retrouve à Madagascar, sous une forme moins radicale puisque si « une mise en valeur effective, sérieuse et durable suivant les usages du moment et des lieux et la vocation des terrains » est exigée pour la reconnaissance du droit de propriété, celui-ci une fois reconnu ne peut plus être remis en cause, sous réserve toutefois, pour les propriétés de plus de cinq hectares qu'elles ne restent pas inexploitées pendant plus de cinq ans (15).

Cette pratique aura son incidence sur le développement de l'immatriculation puisque le titre de reconnaissance auquel elle est désormais subordonnée, est accordé plus restrictivement.

Ainsi avec le recul de quelques années d'indépendance, il apparaît que l'immatriculation foncière continue à jouir de la faveur des Tunisiens, des Marocains et des Malgaches. Il reste qu'en Afrique Noire, l'immatriculation ne paraît intéresser qu'une faible partie de la population, celle qui habite les villes ou les régions de cultures riches, incontestablement les habitants les plus évolués, et concerner les terres qui ont le plus de valeur, mais que, par contre, la grande masse de la population rurale l'ignore.

La suppression de l'immatriculation au Sénégal où le problème est le même que dans toute l'Afrique est pour cette raison regrettable, une coexistence pacifique des deux systèmes fonciers, le traditionnel et le moderne, eût semblé préférable, car la clientèle du système des livres fonciers semble être celle d'une certaine élite vers le développement de laquelle doit tendre l'évolution.

---

(14) La loi du 18 décembre 1967 vient de proroger la loi de 1896 jusqu'au 31 décembre 1972.

(15) Ordonnance du 1er octobre 1962 sanctionnant l'abus du droit de propriété et prononçant le transfert à l'Etat des propriétés inexploitées.

Il faut cependant reconnaître que la proportion des terres utiles immatriculées, à Madagascar comme d'ailleurs en Afrique Noire est encore bien faible. Il convient d'en découvrir les raisons et de rechercher s'il ne serait pas possible de lever les obstacles qui s'opposent au développement de l'immatriculation dans ces régions et ailleurs.

B. — Obstacles à l'extension de l'immatriculation

309. — On peut affirmer, sans crainte d'erreur, que deux obstacles s'opposent actuellement au développement de l'immatriculation : la cherté de la procédure et l'insuffisance du personnel technique.

1° *La cherté de la procédure.*

310. — La cherté de la procédure est certainement un des obstacles les plus sérieux à son expansion. Sans importance pour les propriétaires qui possèdent des terres de rapport étendues, les frais à exposer font reculer les petits propriétaires. Le paysan moyen n'est pas riche outre-mer. Ainsi, à Madagascar, la provision minimum exigée par le domaine pour la plus petite parcelle de terre s'élève à 12 000 CFA, alors que dans les campagnes la valeur de ces parcelles ne dépasse pas 2 000 F (16).

La réduction des droits perçus à l'occasion d'une immatriculation provoquerait un flot de réquisitions émanant des propriétaires les moins bien servis.

Indépendamment du succès remporté par la procédure gratuite en Tunisie que nous venons de voir (*supra,* n° 308) une expérience significative a été faite à ce sujet par un directeur des Domaines, M. Rakoto Mananjean entre 1961 et 1965 à Madagascar. Ce dernier a mis en application le système de réquisitions conjointes prévu par l'ordonnance organique en son article 118. Les propriétaires riverains d'une même localité sont autorisés par ce texte à déposer ensemble leurs réquisitions d'immatriculation individuelles en demandant qu'elles soient suivies sous la forme collective : les réquisitions individuelles sont taxées comme une seule et unique réquisition, sauf à répartir les frais entre les requérants. Partout où les gens ont pu être éclairés sur l'économie de cette procédure, l'initiative a eu du succès.

L'immatriculation indirecte elle-même, récemment instaurée à Madagascar qui permet au bénéficiaire d'un titre domanial de faire immatriculer directement son immeuble, va se heurter à cet obstacle, car la procédure n'est pas gratuite, si les titulaires sont exonérés des droits d'enregistrement et de timbre, ils restent tenus des frais topographiques qui sont relativement élevés.

(16) Débats parlementaires malgaches. Assemblée Nationale du 5 novembre 1959.

Pour résoudre cette difficulté, il convient de se rappeler que l'immatriculation des terres n'intéresse pas seulement ceux qui en sont propriétaires, mais qu'elle affecte également l'intérêt général. Il importe en effet pour la paix publique que les droits de chacun soient nettement définis, le développement économique du pays exige également que les droits immobiliers reposent sur des bases inébranlables. On pourrait donc envisager qu'une partie, sinon la totalité des frais comme en Tunisie, soit supportée par la collectivité. Cette mesure offre cependant l'inconvénient de profiter à ceux qui, même sans gêne, pourraient acquitter des frais qui, il ne faut pas l'oublier, ont quand même pour objet d'établir leurs droits. Aussi, pourrait-on envisager plus équitablement une péréquation des charges en fonction de la valeur des propriétés, de façon que toutes proportions gardées, l'immatriculation ne soit pas plus onéreuse pour les petites propriétés que pour les grandes.

2° *Insuffisance du personnel technique.*

311. — Ce problème résolu, cependant, et les dépôts de réquisition s'accélérant, un autre frein s'appliquera aussitôt et s'opposera au règlement des procédures : l'insuffisance du personnel technique : ingénieurs, géomètres et leurs aides, sans compter les magistrats. Au Cameroun, on a calculé qu'il faudrait quatre-vingt-dix ans pour immatriculer les terres cultivées seules (jachères exclues), avec le personnel existant. Ce personnel n'est d'ailleurs pas doté de moyens matériels suffisants pour faire face à ces travaux, la situation est d'ailleurs la même en Tunisie (17). Il faudra donc corrélativement envisager l'ouverture de nouveaux crédits pour le recrutement d'un personnel supplémentaire et l'achat du matériel nécessaire.

3° *Difficultés de tenir à jour les livres fonciers.*

312. — Mais ces deux obstacles disparus, un autre danger menace l'immatriculation et pourrait, s'il n'y était pris garde, en neutraliser les effets et compromettre le sort de l'institution : c'est la difficulté de tenir à jour les livres fonciers.

L'expérience révèle chaque jour que la tenue des livres fonciers est de plus en plus difficile à assurer. Pour les motifs les plus variés, les intéressés omettent de faire inscrire les actes, soit par ignorance, par négligence, par refus d'exposer les frais d'une inscription, voire en Afrique du Nord par crainte du droit de retrait, en sorte qu'il n'est pas rare de constater qu'une situation de fait non contestée ne correspond pas à la situation juridique de l'immeuble telle qu'elle résulte des mentions du livre foncier. Le système perd alors toute efficacité et l'existence du régime foncier est en péril.

(17) Birot, *op. cit.*, p. 38.

Comment remédier à cet état de choses ?

Pour suppléer à l'inertie des intéressés, il pourrait être envisagé une majoration des droits en cas de retard, unique, comme en matière d'impôts directs à titre de stimulant (18), et non pas comme au Gabon, une amende civile forfaitaire par mois de retard, il s'agit là en effet d'une arme à double tranchant qui peut en cas de retard prolongé empêcher la régularisation.

Un système d'information de la conservation pourrait être organisé. Les notaires, les autorités administratives locales qui ont connaissance des décès, l'enregistrement qui par la force des choses voit les principaux actes de mutations ou de constitutions de droits réels pourraient régulièrement porter à la connaissance du conservateur l'existence des actes qui l'intéressent. On peut même concevoir que le receveur de l'enregistrement serve d'agent de perception et reçoive à l'avance les droits d'inscription au nom du conservateur et lui adresse des relevés périodiques (19).

De même, en cas de décès, les inscriptions pourraient être prises d'une manière simplifiée, sur la production de l'acte de décès et d'un acte de notoriété, sans aucun frais, ni droit (20).

Il convient cependant de ne pas s'abuser. En Afrique Noire et à Madagascar, nous ne sommes pas en France, bon nombre de décès, la plupart à la campagne, sont ignorés des autorités administratives locales et des municipalités ; l'enregistrement ne fonctionne que dans les grands centres et même dans ces grands centres, il faudrait admettre que tous les décès et les actes intéressant les droits réels sont tous enregistrés, ce qui est loin d'être certain.

D'importantes lacunes subsisteront donc, même avec ce système d'informateurs.

En attendant, il convient d'apurer le passé et de remettre à jour les titres dont les propriétaires ne se sont pas souciés.

Nous avons vu (*supra,* n° 30) qu'en présence de ce grave problème, le législateur tunisien avait confié au tribunal immobilier le soin de reconstituer les chaînes de mutations dont les immeubles ont fait l'objet et de procéder à tous les apurements nécessaires. Dans cette tâche le tribunal ne pourra manquer de se heurter à des difficultés de preuve peut-être insurmontables. Il faudra restaurer alors comme il a été fait à Madagascar, la prescription acquisitive pour régulariser des situations de fait inextricables.

A défaut, on pourrait instituer une nouvelle procédure d'immatriculation, plus simple et plus économique que la première, puisqu'il ne sera pas nécessaire de procéder à de nouvelles délimitations

---

(18) C'est la formule que vient d'adopter la Côte d'Ivoire (*supra,* n° 29).

(19) V. Birot, *op. cit.,* p. 44, suggérant cette solution adoptée par la suite en Tunisie (art. 394 du Code des droits réels).

(20) Art. 397 du Code tunisien des droits réels.

topographiques, sauf circonstances particulières. Une publicité serait alors faite pour contester les droits de l'actuel possesseur (21).

Le système des livres fonciers apparaît donc comme un instrument de publicité remarquable qui a fait ses preuves outre-mer. Il apporte tant aux propriétaires d'immeubles qu'aux tiers qui s'y intéressent des garanties de sécurité incomparables. Mais il suppose que les pays où il est appliqué soient parvenus à la notion du droit de propriété individuelle qu'il a pour objet de consacrer et son succès dépend du degré d'évolution à ce point de vue du pays considéré. Par ailleurs, son maniement se révèle délicat, il exige non seulement de la part des services qui en ont la charge, une grande vigilance et beaucoup de soins, mais encore une certaine discipline et un certain civisme de la part des titulaires de droits.

L'immatriculation sera outre-mer, ce que les peuples qui en sont dotés, voudront qu'elle soit.

(21) V. Birot, *op. cit.*, p. 45.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES

Ch. Ambialet : *Des effets de la force probante de l'inscription sur le livre foncier marocain,* Paris 1936, Montchrétien.

Bachelet : *Systèmes fonciers et réformes agraires en Afrique Noire.* Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968.

Besson : *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire,* Paris, J. Delamotte, 1891.

Boudillon : *Rapport explicatif de l'avant-projet en A.O.F.,* Gorée, Imprimerie du Gouvernement général.

Brunet : *L'exercice de la chefâa et de la préemption,* Paris, V. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 20, rue Soufflot, 1955.

Caillé : *La procédure judiciaire de l'immatriculation foncière au Maroc,* 1957, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Cambon : *La propriété foncière en Tunisie,* Tunis, Imprimerie Borrel, 1886.

Dallas Wisemann : *The law relating to the transfer of land,* Ed. the law book company of Australia.

Decroux : *L'application des lois nationales au Maroc,* Paris, 1935, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Doubliez : *La propriété foncière en A.O.F.,* Dakar, 1952, Imprimerie du Gouvernement.

Gasse : *Le régime foncier à Madagascar et en Afrique,* Librairie Autonome, 1959.

P.F. Gonidec : *Les droits africains,* Libr. gén. de droit et de juris., 1968.
— *L'Etat africain,* Lib. gén. de droit et de juris., 1970.

Julien : *Institutions politiques et sociales de Madagascar,* Librairie Maisonneuve et Larose, 1908.

Lescure : *Le double régime foncier de Tunisie,* 199, Tunis, Imprimerie française.

Lota : *La propriété foncière à Madagascar et dépendances,* Tananarive, Paoli et Fakra, 1953.

RAKOTO MANANJEAN : *Manuel pratique du domaine de l'Etat et de l'expropriation pour cause d'utilité publique,* Edition de la Librairie de Madagascar, 1968.

RARIJAONA : *Le concept de propriété en droit foncier de Madagascar,* Editions Cujas, 1967.

SOLUS : *Traité et condition des indigènes en droit privé,* Sirey 1927.

SOULMAGNON : *La loi tunisienne du 1er juillet 1885,* Sirey 1933.

THÉBAULT : *Traité de droit civil malgache,* Tananarive 1951 de Comarmond.

II. — RECUEILS DE LEGISLATION ET DE JURISPRUDENCE

1. — Act Torrens, loi sur la propriété du 5 août 1961, traduction Revue algérienne 1886, I, 1.

2. — Algérie, Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, librairie Cartonnel, Alger.

3. — Annuaire de législation étrangère, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.

4. — Bulletin mensuel de législation comparée, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.

5. — Bulletin mensuel des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles, Imprimerie nationale, Paris.

6. — Circulaire ministérielle de la F.O.M. du 12 septembre 1957.

7. — Dareste, Recueil de législation de doctrine et de jurisprudence Marchal et Bellard, libraires de la Cour de cassation, Paris.

8. — Jurisclasseurs de la F.O.M., ministère de la F.O.M. (anciennement), Paris.

9. — Jurisclasseurs périodiques, « La semaine juridique » éditions techniques, Paris.

10. — Madagascar, P.V. de l'Assemblée nationale malgache, Imp. Off. Tananarive.

11. — Maroc, Gazette des tribunaux du Maroc, Imprimeries Réunies, Casablanca.

Répertoire alphabétique de la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat de 1921 au 31 décembre 1944, Institut des hautes études marocaines.

Recueil de législation et de jurisprudence marocaine de Penant, anciennement 3, rue Blaise-Desgoffes, Paris.

Revue Marocaine de droit, Fontana, Casablanca.

Revue Marocaine de législation, doctrine et jurisprudence chérifienne, Paris, Sirey.

12. — Procès-verbaux de la Commission extraparlementaire du Cadastre, Paris, Imprimerie Nationale.

13. — Penant, Recueil général de jurisprudence, de doctrine et de législation coloniales et maritimes, anc. 3, rue Blaise-Desgoffes, Paris (VI[e]).

14. — Revue juridique et politique de l'Union Française, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

15. — Tunisie, Journal des tribunaux de la Tunisie, Tunis — Bonici.

III. — PRINCIPAUX ARTICLES PUBLIES

BIROT : « L'immatriculation foncière en Tunisie et au Maroc », *Bull. trim. de la Sté de législation comparée* en 1948.

BLANC-JOUVAN : « Aspects nouveaux de la propriété foncière en droit malgache », *Annales malgaches*, n° 1, Cujas 1963.

— « Les droits collectifs dans les coutumes malgaches », *Revue Internationale de Droit comparé*, 1964, n° 2.

GASSE : « L'immatriculation foncière et la jurisprudence », *Revue juridique et politique de l'Union Française*, 1953.

GUYENOT : « La valeur du nouveau système français de publicité des mutations immobilières », *Semaine juridique*, 1958, n° 1435.

ROCHÉ : « La procédure judiciaire de l'immatriculation foncière au Maroc », *Revue juridique et politique*, 1964, p. 193.

INDEX GEOGRAPHIQUE

L'index géographique suit le plan de l'ouvrage et relève pour chaque pays ou chaque groupe de pays les règles qui affectent leur régime foncier et leurs particularités.

Bon nombre d'Etats d'Afrique Noire ont conservé la réglementation foncière en vigueur du temps où ils appartenaient aux groupes de territoires fédérés par la France. Nous avons donc créé deux rubriques : Afrique Occidentale (ex-A.O.F.) et Afrique Equatoriale (ex-A.E.F.) auxquelles nous renvoyons lorsque la législation de l'Etat qui en relevait n'a pas été modifiée, nous bornant à placer sous le nom de chaque Etat de ces anciens ensembles les solutions particulières adoptées depuis l'Indépendance.

AFRIQUE EQUATORIALE (ex-A.E.F.)

Régime foncier de l'immatriculation du temps de la présence française, n° 16 30
Insuccès relatif, n° 19 32
Tentative pour y remédier, n° 20 33

TITRE I. — L'IMMATRICULATION 50
Caractère facultatif du régime, n° 33 et suiv. 52
Exceptions, nos 37-39 56
Biens susceptibles d'être immatriculés, n° 41 et suiv. 60
A. — *Procédure préalable à l'immatriculation,* n° 56 et suiv. 72
Titres présentés à l'appui de la réquisition, n° 63 78
Publications et bornage, n° 68 et suiv. 86
Oppositions et demandes d'inscription, n° 71 et suiv. 88
Protection des incapables et des non présents, n° 79 94
B. — *L'instance d'immatriculation.*
Immatriculation judiciaire, n° 94. — Complexité des droits grevant le sol, n° 99 110
Tribunaux d'immatriculation, n° 104 et suiv., 124 et suiv. 116
Voies de recours, n° 128 et suiv. 135
Notifications, n° 143 144
C. — *Les effets de l'immatriculation,* n° 145 147

1. Caractère inattaquable du titre, n° 146 et suiv. 149
2. Force probante des inscriptions concomitantes, n° 159 159
3. Limites aux effets de la force probante, n° 163 et suiv. 163
4. Recours de la personne lésée, n° 167 et suiv. 165

TITRE II. — LA CONDITION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE IMMATRICULÉ .. 175
De la loi applicable à l'immeuble immatriculé, n° 174 et suiv. 176
La publicité, n° 219 et suiv. 217
La légalité de l'inscription, n° 262 253
La force probante de l'inscription, n° 277 266
Protection du tiers de bonne foi, n° 288 286
Les réformes techniques, n° 299 et suiv. 304

AFRIQUE OCCIDENTALE (ex-A.O.F.)

Régime foncier de l'immatriculation du temps de la présence française, n° 18 31
Insuccès relatif, n° 19 32
Tentative pour y remédier, n° 20 33
Bilan des terres immatriculées, n° 21 34

TITRE I. — L'IMMATRICULATION 50
Caractère : régime facultatif, n° 33 52
Conséquences : Retrait de la réquisition, n° 34. — Coexistence de plusieurs régimes fonciers, n° 35. — Exceptions, n°s 37-39. Irréversibilité du régime, n° 40.
Biens susceptibles d'être immatriculés : terres collectives, n° 41 ; domaine privé de l'Etat, n° 46 ; domaine public, n° 51.

a) *La procédure préalable à l'immatriculation* 71
1. La demande d'immatriculation, n° 56 et suiv. ; titres présentés à l'appui, n° 63 78
2. Publications et bornage, n° 68 et suiv. 86
3. Les oppositions et demandes d'inscription, n° 71 et suiv. ; qualité de l'opposant, n° 72 ; préimmatriculation, n° 83 97

b) *L'instance d'immatriculation* 104
Immatriculation par le conservateur, n° 91 ; sans litige, n° 96 ; Complexité des droits fonciers, n° 99 ; avec litige, n° 103 .. 115
Loi applicable aux litiges, n° 111.
Marche de l'instance, n° 112 et suiv. 123
Jugement, n° 123 ; voies de recours, n° 128 et suiv. ; appel, n° 131 ; pourvoi en cassation, n° 141.
Les notifications, n° 143.

c) *Les effets de l'immatriculation,* n° 145 et suiv. 146
1. Caractère inattaquable du titre, n° 145 et suiv. ; exception : droits des parties, n° 157 157
2. Force probante des inscriptions concomitantes, n° 159 ; droits nés pendant l'immatriculation, n° 162.
3. Limites aux effets de la force probante, n° 163 et suiv.
4. Recours des personnes lésées, n° 167 et suiv. 165

TITRE II. — LA CONDITION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE IMMATRICULÉ. 175
A. — *De la loi applicable à l'immeuble immatriculé*, n° 174 et suiv.
1° Etude de certains droits immobiliers, n° 179 ; hypothèque : conservation des intérêts, n° 204 ; concours d'hypothèques, n° 206 ; hypothèque différée, n° 207 ; suppression de la purge, n° 209 205
2° Exécution forcée sur les immeubles immatriculés 206
Inscription du commandement, n° 210 et suiv.
Dépôt du cahier des charges, n° 214 ; adjudication, n° 215.
B. — *La publicité.*
1° Le domaine de la publicité.
Droits réels immobiliers, n° 219 et suiv. ; droits personnels, n° 227 et suiv.
2° Le mode de publicité 227
Forme des actes à inscrire, n° 234 et suiv ; forme de l'inscription, n° 238.
3° Les effets de la publicité, n° 242 et suiv. 235
4° Sanction de l'absence de publicité, n° 245 et suiv.
5° Organisation technique de la publicité 246
Remise du duplicata, n° 258.
C. — *La légalité de l'inscription* 252
Régularité de l'acte, n° 268 ; responsabilité du conservateur, n° 269 et suiv. ; le fonds d'assurance, n° 275.
D. — *La force probante de l'inscription* 265
Recevabilité de l'action en annulation ou en résolution, n° 283. 273
Limites : 1° irrecevabilité de certaines actions, n° 284.
2° Réglementation de certaines autres, n° 285.
Protection du tiers inscrit de bonne foi, n° 288.
Prénotation, n° 292 et suiv. 283
Le stellionat, n° 298.
Réformes proposées : suppression de l'immatriculation par le conservateur, n° 301 ; amélioration de la situation du tiers lésé, n° 305 ; réformes de la législation applicables aux immeubles immatriculés, n° 307 291

CAMEROUN

V. V° Afrique Occidentale.
Régime foncier pendant la période française, n° 18 31
Régime foncier depuis l'Indépendance, n° 27 42
Biens susceptibles d'immatriculation : terres collectives, n° 44 ; domaine privé de l'Etat, n° 47 64
Titres à l'appui de la réquisition, n° 64.
Inventaire des terres immatriculées, n°s 21 et 308.

CONGO

V. V° Afrique Equatoriale.
Régime foncier pendant la présence française, n° 16 30
Depuis l'Indépendance, n° 26 41

COTE D'IVOIRE

V. V° Afrique Occidentale.
Régime foncier depuis l'Indépendance, n° 29 46
Inscriptions : forme authentique des actes à inscrire, n° 235 ; caractère obligatoire, n° 239 228

DAHOMEY

V. V° Afrique Occidentale.
Régime foncier depuis l'Indépendance, n° 26 41

GABON

V. V° Afrique Equatoriale.
Régime foncier depuis l'Indépendance, n° 31 47
Immatriculation : jugement — appel — suppression, n° 131 .. 137
Inscription : effets entre parties, n° 247 238
Inscription : actes — forme authentique, n° 235 228

HAUTE-VOLTA

V. V° Afrique Occidentale.

MADAGASCAR

Régime foncier de l'immatriculation pendant la période française, n° 15 29
Régime foncier depuis l'Indépendance, n° 28.
Aire de mise en valeur rurale, n° 28 43

TITRE I. — L'IMMATRICULATION 50
Caractères du régime : facultatif, n° 33 ; exceptions, n° 37 et suiv. 59
Irréversible, n° 40 59
Biens susceptibles d'immatriculation : terres collectives, n° 43 ; domaine privé, n° 46 et suiv. ; domaine public, n° 51 ; tombeaux, n° 52.
A. — *Procédure préalable à l'immatriculation,* n° 56 et suiv. 72
a) la réquisition : le propriétaire, n° 57 ; consentement du copropriétaire, n° 58 ; les anciens esclaves, n° 59 ; plan annexe, n° 61.
Les titres présentés à l'appui de la réquisition 79
Litiges entre malgaches, n° 66 ; litiges entre malgaches et l'Etat, loi du 9 mars 1896, n° 67 ; loi domaniale du 15 février 1960, n° 67 *bis* 84
b) publications et bornage, n°s 68-70.
Oppositions — oppositions d'office, n° 74 ; délai, n°s 77-78 ;

demande d'inscription, délai, n° 82.
Préimmatriculation, n° 87 100
c) l'immatriculation collective, n° 88 bis 103
B. — *L'instance d'immatriculation.*
Immatriculation mixte, n° 95 ; immatriculation sans litige, n° 100 ; avec litige, nos 102-104 ; litispendance, n° 105 ; reprise d'instance, n° 121. 110
Voies de recours : appel, n° 131 et suiv. ; pourvoi, n° 141.
Les notifications, n° 143.
C. — *Les effets de l'immatriculation.*
1. Caractère inattaquable du titre, nos 149 et suiv. 157
Exceptions, n° 157 ; cas de la femme mariée, n° 158 ; droits omis dans la réquisition, n° 163 et suiv.
2. Limites aux effets de la force probante, nos 163 et suiv.
3. Recours des personnes lésées, n° 171 176

TITRE II. — LA CONDITION JURIDIQUE DES IMMEUBLES IMMATRICULÉS 175
A. — *De la loi applicable à l'immeuble immatriculé.*
a) droits réels : immeubles par destination, n° 179 ; droit de préemption, n° 181 et suiv. ; séparation des patrimoines, n° 198 ; hypothèques, conservation des intérêts, n° 204 ; hypothèque différée, n° 207 ; obligations hypothécaires à ordre, n° 208.
b) exécution forcée, nos 210 et suiv. 200
c) la prescription, n° 216 ; actions possessoires, n° 218 213
B. — *La publicité*, nos 219 et suiv. 217
Inscription : interprétation, n° 240.
Duplicata : remise, n° 258 ; conformité avec l'original, n° 259 ; perte, n° 260 250
C. — *Légalité de l'inscription*, nos 261 et suiv. 252
— Régularité de l'acte, n° 268 ; responsabilité du conservateur, nos 269 et suiv. ; recours contre le conservateur, n° 272.
D. — *La force probante de l'inscription*, nos 261 et suiv. 265
Recevabilité des actions en nullité et en résolution n° 283.
Limites : 1° irrecevabilité de certaines actions n° 284 ; 2° réglementation de certaines autres, n° 285.
Protection du tiers inscrit de bonne foi, n° 288.
Prénotation, nos 293 et suiv. 283
Réformes proposées : nos 299, 300, 301, 305, 307 297
Inventaire des terres immatriculées, nos 21-308.

MAROC

Régime foncier de l'immatriculation pendant la présence française, n° 17 31
Bilan des terres immatriculées à la veille de l'Indépendance, n° 21 35
Modifications de détails après l'Indépendance, n° 26.

TITRE I. — L'IMMATRICULATION 50
Caractères du régime : facultatif, nos 33 et suiv. 52
Irréversible, n° 40.

A. — *Procédure préparatoire à l'immatriculation.*
a) la demande d'immatriculation : consentement du propriétaire, n° 56 ; du copropriétaire, n° 58 72
Titres à l'appui : la possession, n° 65.
b) Publications, n° 68 ; bornages, n° 69.
Oppositions : litiges entre opposants, n° 72 90
Délai d'opposition, n° 75.
Demandes d'inscription : délai, n° 82 ; droits acquis pendant l'immatriculation, n° 83.

B. — *L'instance d'immatriculation.*
Immatriculation par le conservateur, n° 89 105
Sans litige, n° 98 ; avec litiges, n° 103 ; litispendance, n° 105 ; juge rapporteur, n° 112 ; procédure, n° 115 ; pourvoi en cassation, n° 141.
Les notifications, n° 143 144

C. — *Les effets de l'immatriculation.*
1. Caractère inattaquable du titre, n[os] 146 et suiv. 149
Atteinte originale au principe, n° 148 152
2. Limites aux effets absolus de la force probante ; état civil et capacité des titulaires de droit, n° 163.
3. Recours des personnes lésées, n° 171 ; recevabilité de l'action de *in rem* verso, n° 172.

TITRE II. — LA CONDITION JURIDIQUE DES IMMEUBLES IMMATRICULÉS 175

A. — *La loi applicable :*
Droits réels : droits de préemption, n[os] 181 et suiv.
Faillite ; droit de la masse, n° 201.
Hypothèques-formes, n° 202 ; conservation des intérêts, n° 204 ; concours d'inscriptions, n° 206.

B. — *La publicité,* n° 219 et suiv.
Promesse de vente, n° 227 224
Organisation technique : communication directe, n° 257 247
Duplicata : remise, n° 258 ; perte, n° 260.

C. — *Légalité de l'inscription,* n° 261 et suiv. 252
Régularité de l'acte présenté à l'inscription, n° 268.
Fonds d'assurances, n° 275.

D. — *La force probante,* n[os] 276 et suiv. 265
Prénotations, n[os] 294 et suiv. 284
Réformes proposées : n° 301.
Inventaires des terres immatriculées, n[os] 21 et 308.

NIGER

V. V° Afrique Occidentale (ex-A.O.F.).

REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE

V. V° Afrique Equatoriale (ex-A.E.F.).
Régime foncier après l'Indépendance, n° 26 11

TCHAD

V. V° Afrique Equatoriale (ex-A.E.F.).
Régime foncier après l'Indépendance, n° 26 41

TOGO

V. V° Afrique Occidentale (ex-A.O.F.).
Régime foncier après l'Indépendance, n° 26 41
Inventaire des terres immatriculées, n° 308 301

TUNISIE

Régime foncier pendant la présence française, n° 14 28
Bilan des terres immatriculées à la veille de l'Indépendance, n° 21 34
Régime foncier depuis l'Indépendance : caractères, n° 30 46

TITRE I. — L'IMMATRICULATION 50
Biens susceptibles d'être immatriculés : terres collectives, n° 42 61
Domaine privé de l'Etat, n° 47 ; domaine public, n° 51 67
A. — *La procédure préparatoire à l'immatriculation,* n° 56 et suiv.
a) La demande d'immatriculation, requérant copropriétaire, n° 58 71
b) L'opposition-délai-tempérament, n° 78 ; protection des incapables et des non-présents, n° 79 94
Préimmatriculation, n° 84.
Immatriculation collective, n° 88 102
B. — *L'instance d'immatriculation.*
Immatriculation judiciaire, n° 94 ; sans litige, n° 97 ; litigieuse, n° 105 ; nomination d'un juge rapporteur, n° 112 ; appel : absence, n° 131 112
Les notifications, n° 143.
C. — *Les effets de l'immatriculation,* n°s 144 et suiv. 146
1. Caractère inattaquable du titre, n° 146 ; dérogations, n° 148.
2. Limites : immatriculation avec réserves, n° 152 ; cas de la femme mariée, n° 158 ; droits omis dans la réquisition, n°s 161-162.
3. Recours des personnes lésées, n° 170 170

TITRE II. — LA CONDITION JURIDIQUE DES IMMEUBLES IMMATRICULÉS 175
A. — *De la loi applicable à l'immeuble immatriculé* 175
1° Etude de certains droits réels, n°s 179 et suiv. ; droit de préemption, n°s 181 et suiv. ; séparation des patrimoines, n° 198 ; hypothèques ; formes des actes, n° 202 ; conservation des intérêts, n° 204 ; concours des inscriptions, n° 206 ; purge, maintien, n° 209 205
B. — *La publicité,* n°s 219 et suiv. 217

1° Le domaine de la publicité : inscription : promesse de vente et droits conditionnels, n° 227 224
Interprétation de l'inscription, n° 240.
2° Organisation technique de la publicité ; duplicata remise, n° 260 ; remise à jour des registres, n° 216.
3° Légalité de l'inscription, nos 216 et suiv.
Régularité de l'acte à inscrire, n° 268 ; conservateur : responsabilité, n° 269 ; décision de rejet, recours, n° 272.
C. — *La force probante*, nos 276 et suiv. 265
Protection des tiers de bonne foi, n° 288.
Prénotations, n° 293 et suiv. 284
Réformes proposées, n° 291.
Inventaire 299

TABLE

TABLE DES MATIERES

PRÉAMBULE 9

INTRODUCTION 11

CHAPITRE I

LE PROBLEME DE LA GARANTIE DES DROITS FONCIERS

SECTION I. — *Le système français antérieur à 1955,* n° 2 14

SECTION II. — *Le système des livres fonciers,* n° 3 15

SECTION III. — *La réforme française de 1955 et les livres fonciers* 16

A. — But de la réforme 16

B. — Effets probants de la publicité en droit français, n° 5 .. 19

C. — Conclusion, n° 6 20

CHAPITRE II

LES ORIGINES DU SYSTEME DES LIVRES FONCIERS

SECTION I. — *Le droit germanique et la loi prussienne de 1872 ou le système de la force probante relative,* n° 7-8 21

SECTION II. — *L'Act Torrens ou le système de la force probante absolue,* n° 9 23

L'immatriculation, n° 10 24

Les mutations postérieures, n° 11 25

La constitution d'hypothèques et d'autres droits réels, n° 12 .. 26

Le fonds d'assurance, n° 13 27

CHAPITRE III

LE REGIME DES LIVRES FONCIERS OUTRE-MER

SECTION I. — *Pendant la période française :*
Le régime tunisien, n° 14 28
Le régime malgache, n° 15 29
Le Congo, n° 16 30
Le Maroc, n° 17 31
L'Afrique Occidentale et le Cameroun, n° 18 31
Insuccès du régime de l'immatriculation en Afrique Noire, n° 19 32
Tentatives françaises pour y remédier, n° 20 33
Bilan des terres immatriculées à la veille de l'Indépendance, n° 21 34

SECTION II. — *Après l'Indépendance,* n° 22 36
I. — Pays ayant proscrit l'immatriculation : le Sénégal, nos 23, 24 37
II. — Pays ayant maintenu l'immatriculation facultative, n° 25 41
— Maroc, Togo, Congo, République centrafricaine, n° 26 41
— Cameroun, n° 27 42
— Madagascar, n° 28 43
— Côte d'Ivoire, n° 29 46
III. Pays ayant rendu l'immatriculation obligatoire :
— Tunisie, n° 30 46
— Gabon, n° 31 47

TITRE I

L'IMMATRICULATION

PREAMBULE

CARACTERES DU REGIME DE L'IMMATRICULATION ET BIENS SUJETS A L'IMMATRICULATION

SECTION I. — *Caractères du régime foncier* 52
I. — Caractère facultatif de la soumission au régime, n° 33 .. 52
A. — *Le principe* 52
Conséquences 54
a) Faculté du retrait de la demande d'immatriculation, n° 34 54
b) Coexistence de plusieurs régimes fonciers, n° 35 55
B. — *Les exceptions :* n° 36 56
1° Délivrance d'un titre domanial, n° 37 56
2° Acquisition par un étranger, n° 38 57
3° Ventes publiques d'immeubles, n° 39 58
4° Immeuble soumis au droit moderne 59
II. — Irréversibilité du régime, n° 40 59

SECTION II. — *Les biens susceptibles d'être immatriculés* 60
1. Les terres collectives, n° 41 60
— Tunisie, n° 42 61
— Madagascar, n° 43 61
— Cameroun, n° 44 62
— Sénégal, n° 45 63
2. Le domaine privé de l'Etat 63
Composition, n° 46 63
Immatriculation du domaine privé, n° 47 64
3. Biens hors du commerce, n° 48 65
a) Le domaine public, n° 49 65
— Immatriculation du domaine public par les personnes privées, n° 50 65
— Immatriculation du domaine public par l'administration, n° 51 66
b) Les tombeaux malgaches, n° 52 68
— Les cimetières, n° 54 69
c) Les habous, n° 55 69

CHAPITRE I

LA PROCEDURE PREPARATOIRE A L'IMMATRICULATION

SECTION I. — *La demande d'immatriculation* 72
I. — Le requérant, n° 56 72
— Le propriétaire, n° 57 73
— Le copropriétaire, n° 58 73
— Cas particulier des anciens esclaves à Madagascar, n° 59 .. 74
II. — La réquisition :
a) La réquisition proprement dite, n° 60 75
b) Le plan, n° 61 77
III. — Les titres présentés à l'appui de la réquisition, n° 62 .. 78
— Afrique Occidentale et Afrique Equatoriale, n° 63 78
— Cameroun, n° 64 79
— Afrique du Nord, n° 65 79
— Madagascar, n° 66 79
Titres spécifiquement malgaches : loi de 1896, n° 67 80
Loi domaniale du 15 février 1960, n° 67 *bis* 84

SECTION II : *Publications et bornage* 86
Publications, n° 68 86
Bornage, n° 69 87
Différences notables, n° 70 87

SECTION III : *Les oppositions et demandes d'inscription* 88
I. — L'opposition :
— L'opposant, n° 71 89
— Qualité de l'opposant, n° 72 90
— Formes de l'opposition 90
a) Opposition volontaire, n° 73 91
b) Opposition d'office, n° 74 91

— Délai d'opposition, n° 75 92
— Rigueur du délai, n° 76 92
Tempéraments :
a) Légal, n° 77 93
b) Judiciaire, n° 78 93
Protection des incapables et des non-présents, n° 79 94

II. — Les demandes d'inscription, n° 80 95
Conditions de recevabilité, n° 81 95
— Délai pour s'inscrire, n° 82 95
a) Droits acquis antérieurement au dépôt de la réquisition, n° 83 96
b) Droits acquis pendant la préimmatriculation 97
— Tunisie, n° 84 98
— Afrique Occidentale, n° 85 98
— Maroc, n° 86 99
— Madagascar, n° 87 100
Conclusion 100

SECTION IV. — *L'immatriculation collective* 101

I. — Immatriculation collective en Tunisie, n° 88 101

II. — Immatriculaiton collective à Madagascar, n° 88 *bis* 103

CHAPITRE II

L'INSTANCE D'IMMATRICULATION

SECTION I. — *Les autorités chargées de l'immatriculation* 104

A. — Immatriculation administrative, n° 89 105

I. — Par le conservateur, n° 89 105
— Maroc, n° 90 106
— Afrique Occidentale, n° 91 107

II. — Par l'administration, n° 92 107
— Cameroun 108
— Madagascar 108
Critique, n° 93 108

B. — Immatriculation judiciaire, n° 94 110

C. — Immatriculation mixte, n° 95 110

SECTION II. — *Immatriculation sans litige* 111
Principes, n° 96 111
— Tunisie, n° 97 112
— Maroc, n° 98 112
— Afrique Noire, n° 99 113
— Madagascar, n° 100 114

SECTION III. — *Immatriculation litigieuse* 114
Principes, n° 101 114

I. — La juridiction de l'immatriculation, n° 102 115
a) Tribunaux chargés de juger seulement les interventions, n° 103 115

b) Tribunaux d'immatriculation, n° 104 116
II. — Saisine de la juridiction de l'immatriculation 117
a) Litispendance, n° 105 117
b) Plénitude de la compétence du tribunal de l'immatriculation, n° 106 118
Limites 119
1° Surséances, n° 107 120
2° Contestations exclues 120
1. Les droits personnels, n° 108 120
2. Les mesures provisoires et urgentes, n° 109 121
3. Les actions possessoires, n° 110 122
III. — De la loi applicabe aux litiges, n° 111 122
IV. — De la marche de l'instance au jugement 123
1. Nomination d'un juge rapporteur, n° 112 123
2. Mise en demeure des intervenants, délai de rigueur, n° 113 ; tempéraments, n° 114 ; cas particulier du Maroc, n° 115 .. 124
3. — La requête introductive d'instance, n° 116 126
4. — Le mémoire en réponse, n° 117 127
5. — L'audience et ses incidents :
— La comparution des parties-pouvoir spécial, n^{os} 115-119 ... 125
— Débats, caractère limité, n° 120 128
— Procédure, n° 121 129
— Reprise d'instance, n° 122 129
V. — Le jugement :
1. Tribunaux chargés de juger les interventions 132
2. Tribunaux d'immatriculation :
a) Pouvoir du tribunal, n° 123 132
b) Autorité des jugements d'immatriculation, n° 124 133
Jugements d'admission, n° 125 133
Jugement de rejet, n° 126 ; effets, n° 127 134
VI. — Les voies de recours, n° 128 135
— L'opposition, n° 129 136
— La tierce opposition, n° 130 136
— L'appel : délai — point de départ, n^{os} 131-135 136
Qualité, n° 136 139
Formes, n° 137 139
Appel incident, n° 138 140
Effet dévolutif, n° 139 141
Voies de recours, n° 140 142
— Le pourvoi en cassation, n° 141 143
VII. — L'exécution du jugement, n° 142 144
VIII. — Les notifications, n° 143 144

CHAPITRE III

LES EFFETS DE L'IMMATRICULATION

1° Changement de régime de l'immeuble (renvoi) 146
2° Consécration des droits réels :
a) Le système de la force probante absolue, n° 144 146

b) Le système de la force probante relative, n° 145 147

Section I. — *Le caractère inattaquable du titre foncier,* n° 146 149
1. Intangibilité matérielle, n° 147 150
Dérogations, n° 148 151
2. Intangibilité juridique, n° 149 152
a) Les droits inscrits ne peuvent plus être contestés, n° 150 .. 152
b) Les droits non révélés ne peuvent plus être inscrits, n° 151 154
1° Anéantissement des droits des tiers, n° 152 154
2° Anéantissement des droits des parties, nos 153-157 155
— Cas particulier de la femme mariée, n° 158 158

Section II. — *La force probante des inscriptions concomitantes,* n° 159 159
I. — Inscription de droits nés antérieurement au dépôt de la réquisition :
a) Droits révélés dans la réquisition, n° 160 160
b) Droits omis dans la réquisition et révélés en cours de procédure, n° 161 160
II. — Inscription de droits nés postérieurement au dépôt de la réquisition, mais avant l'immatriculation, n° 162 161

Section III. — *Limites aux effets de la force probante,* n° 163 .. 163
1. Mentions relatives à l'état civil et à la capacité, n° 164 163
2. Droits non soumis à la formalité, n° 165 164
3. Rectification ou interprétation des mentions, n° 166 164

Section IV. — *Recours des personnes lésées par l'immatriculation,* n° 167 165
I. — Recours en indemnité en cas de dol, n° 167 165
a) Conditions d'exercice de l'action, n° 168 167
Faute intentionnelle, n° 169 169
Faute lourde et faute simple, n° 170 170
b) De la réparation, n° 171 172
II. — Recevabilité de l'action de *in rem verso,* n° 172 173
III. — Action en garantie du tiers évincé, n° 173 174
Conclusion 174

TITRE II

LA CONDITION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE IMMATRICULE

CHAPITRE I

DE LA LOI APPLICABLE A L'IMMEUBLE IMMATRICULE

Section I. — *Evolution du régime législatif* 176
I. — Le régime législatif avant l'Indépendance, n° 174 176
A. — La loi foncière, n° 175 176
B. — Le statut personnel et la dévolution successorale .. 178

C. — Le Code civil et les lois françaises, n° 177 179
II. — Le régime législatif après l'Indépendance, n° 178 179

SECTION II. — *Les droits réels* 180
I. — Droits réels reconnus par la loi 180
1. Immeubles par destination, n° 179 180
2. Droit de superficie, n° 180 184
3. Droit de préemption, n° 181 185
Caractères de ce droit, n° 182/5 187
Le retrayé, n° 186 189
Le retrayant, n° 187 190
Droit de priorité entre les retrayants, n° 188 191
Délai d'exercice, n° 189 191
Les offres réelles, n° 190 194
Le prix, n° 191/5 194
4. Les privilèges, suppression, n° 196 195
Dérogations, n° 197 196
La séparation des patrimoines, n° 198 197
5. Les hypothèques, n° 199 198
L'hypothèque judiciaire, suppression, n° 200 199
L'hypothèque et la faillite, n° 201 199
De la forme des hypothèques, n° 202 201
Absence de péremption des hypothèques, n° 203 202
Conservation des intérêts, n° 204 202
Du rang des hypothèques entre elles, n° 205 203
Concours d'inscriptions prises le même jour, n° 206 203
L'hypothèque différée, n° 207 204
Obligations hypothécaires à ordre, n° 208 205
Suppression de la purge des hypothèques, n° 209 205
II. — Exécution forcée sur les immeubles immatriculés 206
1° Remplacement de l'hypothèque judiciaire par l'inscription du commandement, n° 210 207
2° L'inscription du commandement et ses effets, n° 211 208
a) Immobilisation de l'immeuble, n° 212 209
I. — Arrêt du cours des inscriptions 209
II. — Nullité des inscriptions postérieures 210
b) Recevabilité des actions en nullité, n° 213 210
3° Dépôt du cahier des charges, n° 214 211
4° Le contentieux, n° 215 211
5° L'adjudication 212
III. — La prescription, n° 216 213
IV. — La possession 216
Effet de la possession d'un immeuble immatriculé, n° 217 .. 216
Actions possessoires, n° 218 216

CHAPITRE II

LA PUBLICITE

SECTION I. — *Le domaine de la publicité* 217
I. — Les droits réels immobiliers, n° 219 217

A. — Le principe :

Publicité de tous les faits et actes intéressant les droits immobiliers :

a) Les faits, n° 220 218

b) Les conventions, n° 221 218

c) Les actions (renvoi) 219

B. — Cas particuliers :

Les droits conditionnels, n° 222 219

Modification dans la consistance des droits réels, n° 223. 220

a) Les produits, n° 224 220

b) Les fruits, n° 225 221

C. — Droits réels exceptionnellement dispensés d'inscription, n° 226 222

II. — Les droits personnels 223

A. — Le principe : exclusion de l'inscription, n° 227 223

B. — Les exceptions :

Droits personnels exceptionnellement soumis à l'inscription, n° 228 224

a) Baux excédant trois années, n° 229 225

b) Cession ou quittance d'une somme équivalente à des loyers ou fermages échus, n° 231 226

c) Délégation de loyers non échus, n° 232 227

La saisie arrêt de loyers, n° 233 227

Section II. — *Le mode de publicité* 227

1. La forme des actes à inscrire 227

A. — Nécessité d'un acte écrit préalable à toute inscription, n° 234 228

B. — Libéralisme de la forme, n° 235 228

C. — Contenu des actes, n° 236 229

D. — Conservation des actes, n° 237 230

2. La forme de l'inscription, n° 238 230

Du délai d'inscription, n° 239 231

Interprétation et rectification de l'inscription, n° 240 231

3. L'arrêt du cours des inscriptions, n° 241 232

Section III. — *Les effets de la publicité* 233

1° Effet probant (renvoi) 233

2° Droit de disposition du titulaire inscrit, nos 242-243 233

3° Droit de préférence du premier inscrit, n° 244 235

Section IV. — *Sanction du défaut de publicité* 235

Distinction des parties et des tiers :

a) Les parties : définition, n° 245 236

Tiers assimilés aux parties, n° 246 236

Indifférence de l'inscription à l'égard des parties, n° 247 ... 237

b) Les tiers : définition, n° 248 238

Inexistence du droit non publié, n° 249 240

Connaissance de l'existence du droit en dehors du livre foncier 240

I. — La théorie objective : absence d'effet, n° 250 241

Limite au principe : droit accepté, n° 251-2 242

La fraude, n° 253-5 243

II. — La théorie subjective : effet, n° 255 *bis* 245
III. — Conclusion : 255 *ter* 246

SECTION V. — *L'organisation technique de la publicité* 246
1. Les registres et les archives du conservateur, n° 256 246
2. Mode de communication des renseignements, n° 257 247
3. Remise de la copie du titre, n° 258 248
4. De la conformité du titre de propriété et du duplicata, n° 259 250
5. Perte et détérioration du duplicata, n° 260 251

CHAPITRE III

LA LEGALITE DE L'INSCRIPTION

SECTION I. — *Les différents systèmes* 252
1° Le système de la vérification personnelle, n° 261 252
2° Le système des justifications légales, n^os^ 262-263 253
a) L'identité des parties, n° 264 254
b) La capacité des parties, n° 265 255
c) L'inscription préalable du droit du disposant, n° 266 ... 256
d) La disponibilité de l'immeuble, n° 267 256
e) La régularité de l'acte, n° 268 257

SECTION II. — *La responsabilité du conservateur* 258
I. — Les obligations du conservateur, n° 269/72 258
II. — La responsabilité générale du conservateur, n° 272 261
Les cas particuliers de responsabilité du conservateur, n° 274. 262
III. — Le fonds d'assurance, n° 275 263

CHAPITRE IV

LA FORCE PROBANTE

SECTION I. — *Les différents systèmes* 265
1° Le système de la force probante absolue, n° 276 265
2° Le système de la force probante relative, n° 277 266

SECTION II. — *Le mécanisme de la force probante* 268
I. — Distinction des parties et des tiers, n° 278 268
II. — Force probante de l'inscription entre parties, n° 279 .. 270
III. — Autorité de l'inscription à l'égard des tiers, n° 280 271
A. — Valeur probante de l'inscription 271
1° Pas de droit sans inscription, n° 281 271
2° Le droit inscrit fait preuve, n° 282 271
3° Les actions en nullité et en résolution sont sans effet à l'égard des tiers de bonne foi 272
a) De la recevabilité des actions en annulation et en résolution, n° 283 272

Exceptions :
1° Irrecevabilités de certaines actions, n° 284 273
2° Réglementations particulières de certaines actions, n° 285. 275
b) Des personnes qualifiées pour demander l'annulation de l'inscription, n° 286 276
c) Des effets de l'annulation de l'inscription à l'égard des tiers 278
1° Les tiers de bonne foi, n° 287 278
— inscrits, n° 288 280
— à titre onéreux, n° 289 281
2° Les tiers inscrits de mauvaise foi, n° 290 282
B. — Effet conservatoire de l'inscription, n° 291 282

Section III. — *La prénotation*, n^os^ 292 à 297 283

Section IV. — *Pénalités diverses*, n° 298 289

CONCLUSION

I. — Réformes techniques proposées, n° 299 291
A. — Réformes de la procédure d'immatriculation :
I. — Mesures d'ordre général, n° 300 292
1° Suppression de l'immatriculation administrative, n° 301 .. 292
a) Création de juridictions spécialisées, n° 302 294
b) Instauration du principe du transport sur les lieux, n° 303 295
2° Suppression de la purge des droits des parties, n° 304 295
3° Amélioration du mode d'indemnisation du tiers lésé, n° 305 296
II. — Mesures particulières, n° 306 296
B. — Réformes à apporter à la législation applicable aux immeubles immatriculés, n° 307 297

II. — L'avenir de l'immatriculation 298
A. — Dernier inventaire des terres immatriculées, n° 308 298
B. — Obstacles à l'extension de l'immatriculation, n° 309 304
1° La cherté de la procédure, n° 310 304
2° L'insuffisance du personnel technique, n° 311 305
3° La difficulté de la tenue à jour des livres fonciers n° 312 .. 305

Bibliographie 309

ACHEVÉ D'IMPRIMER LE
20 FÉVRIER 1971
SUR LES PRESSES DES
IMPRIMERIES RÉUNIES
22, RUE DE NEMOURS
——— RENNES ———

N° d'édition : 1 429
Dépôt légal : 1er trimestre 1971